

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

LA CAUSAL DEL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 DEL CÓDIGO

DISCIPLINARIO ÚNICO

¿UNA FALTA DISCIPLINARIA DE IMPOSIBLE CONFIGURACIÓN?

CARLOS HUMBERTO GARCÍA ORREGO

DIRECTOR

JOSÉ RORY FORERO

BOGOTÁ D.C.

2016

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA**FACULTAD DE DERECHO SEDE BOGOTÁ****AUTORIDADES NACIONALES**

Presidente	Dr. Jorge Orlando Alarcón Niño
Vicepresidente	Dr. Jorge Alfredo Gaviria Liévano
Rector	Dr. Fernando Dejanón Rodríguez
Censor	Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo
Censor suplente	Dr. Ricardo Zopó Méndez
Secretario General	Dr. Floro Hermes de San José Gómez

Autoridades Seccionales

Rector Seccional	Dr. Jesús Hernando Álvarez
Censor Delegado	Dr. Donald Cuello Quintero
Decano Facultad Derecho	Dr. Carlos Arturo Hernández
Secretario Académico	Dr. Alvaro Aljure Moreno
Director Instituto Posgrados	Dr. Nestor Raúl Sánchez Baptista

Coord. Posgrados Der. Público Dr. José Héctor Fajardo Arteaga

Director de la monografía Dr. José Rory Forero Salcedo

A mi amada Alexandra por su constante apoyo y oportunos
consejos.

A Juan Sebastián y Santiago, fuente y motivación en el camino de
la vida.

Al Dr. José Rory Forero Salcedo por su acertada y paciente
orientación en el desarrollo y culminación del presente trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	3
2. HIPÓTESIS.	5
3. OBJETIVO GENERAL	6
4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	6
5. JUSTIFICACIÓN.	7
6. MARCO METODOLÓGICO	9
6. 1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	9
CAPÍTULO I	13
REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 734 DE 2002	13
1. GENERALIDADES	13
2. MARCO TEMPORAL Y ESPACIAL	14
3. MARCO CONCEPTUAL	15
4. MARCO JURÍDICO	15
NORMAS CONSTITUCIONALES	15
RÉGIMEN LEGAL	15
JURISPRUDENCIA	16
CORTE CONSTITUCIONAL	16
CONSEJO DE ESTADO	16
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	17
5. MARCO TEÓRICO	17
5.1. CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	17
5.2. CUMPLIMIENTO DE FUNCIÓN PÚBLICA	19
5.3. CUMPLIMIENTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	22
5.4. QUE EL EJERCICIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS REQUIERA DEDICACIÓN DE TIEMPO COMPLETO	30
5.5. QUE EL EJERCICIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS IMPLIQUE SUBORDINACIÓN DEL CONTRATISTA	31
5.6. QUE EL EJERCICIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS IMPLIQUE AUSENCIA DE AUTONOMÍA	35
5.7. QUE NO SE TRATE DE UNA EXCEPCIÓN LEGAL	37

5.8. PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	38
6. CONTEXTO	42

CAPÍTULO II **43**

DE LA DIFICULTAD MATERIAL DE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DEL TIPO DISCIPLINARIO CONSAGRADO EN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 PARA PODER CONFIGURAR LA FALTA DISCIPLINARIA. **43**

1. GENERALIDADES	43
2. PRECISIONES JURISPRUDENCIALES PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA FALTA	44
3. LA MODIFICACIÓN SUFRIDA POR EL ELEMENTO SUBORDINACIÓN A PARTIR DE LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL PRODUCIDA CON LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2003 RADICACIÓN IJ-0039	53
4. LA MODIFICACIÓN REALIZADA AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS PARTICULARES POR EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 1474 DE 2011 O ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN	55
5. ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. TIPICIDAD, CULPABILIDAD E ILICITUD SUSTANCIAL.	58
5.1. TIPICIDAD	58
5.2. CULPABILIDAD	61
5.2.1. DOLO	61
5.2.2. CULPA	61
5.3. ILICITUD SUSTANCIAL	62
6. ANÁLISIS DE LOS FALLOS DISCIPLINARIOS EMITIDOS POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LOS QUE SE INVOLUCRA ESTA CAUSAL DISCIPLINARIA.	65
6.1. FALLO DISCIPLINARIO APELACIÓN DE FALLO RAD 161-3575 VS GERENTE DE INFIBAGUE LUIS FERNANDO VALENCIA HOYOS.	65
6.2. FALLO DISCIPLINARIO SEGUNDA INSTANCIA RAD 046 2286 2006 VS ALCALDE DEL MUNICIPIO DE REGIDOR (BOLÍVAR), HERIBERTO URREGO.	68
6.3. FALLO DISCIPLINARIO SEGUNDA INSTANCIA RAD IUS-2010-21307 VS GERENTE ESE NEIVA HUMBERTO EDUARDO GÓMEZ.	69
6.4. FALLO DISCIPLINARIO SEGUNDA INSTANCIA RAD 085-10109-1999 VS DIRECTOR EJECUTIVO COLDEPORTES NARIÑO, ROSENDO ANTONIO RUÍZ.	71
6.5. FALLO DISCIPLINARIO SEGUNDA INSTANCIA RAD 085-11090-02 VS CONTRALOR MUNICIPAL PASTO (NARIÑO) HERMES MONTERO ROSERO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2003.	73
7. ESTADÍSTICAS, ANÁLISIS DE ENCUESTAS.	75
7.1. ESPECTRO DE ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	75
7.2. ANÁLISIS DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO (FICHAS)	76
7.3. TÉCNICA.	76
7.4. DISEÑO. FORMATO DE ENTREVISTA. CUESTIONARIO.	76
7.5. POBLACIÓN OBJETO. ENTORNO. INTERVENCIONES.	77

7.6. MATRIZ DE ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.	77
8. DIVERSAS MODALIDADES DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE CONTEMPLA LA LEGISLACIÓN.	79
8.1. SÍNTESIS DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TIPO DISCIPLINARIO.	85
9. CAUSAS	91
10. CONSECUENCIAS.	92
CAPÍTULO III	96

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE CONTROL DISCIPLINARIO PARA SANCIONAR LA CONDUCTA DESCRITA EN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 DEL CODIGO DISCIPLINARIO ÚNICO **96**

1. LA CONDUCTA EN CONCRETO	96
1.1. PARA EL EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA	98
1.2. PARA EL EJERCICIO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	98
2. PROPUESTAS	100
2.1. ELIMINACIÓN DE LA CAUSAL CONSAGRADA EN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 734 DE 2000	100
2.2. SITUACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY 80 DE 1993.	100
2.3. MECANISMOS ALTERNOS PARA EL MANEJO DE LAS PLANTAS PARALELAS Y DE LA ATEMPORALIDAD EN LA LEY 909 DE 2004	102
2.4. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE CONTROL DISCIPLINARIO PARA SANCIONAR ESTA CONDUCTA CUANDO SE PRESENTE EN LA ADMINISTRACIÓN	103
2.5. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO A PARTIR DEL PROYECTO DE LEY POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO	105
2.6. PROPUESTA DE PLAN DE CAPACITACIÓN FRENTE A LA APLICABILIDAD DE ESTA CAUSAL DISCIPLINARIA	107
CONCLUSIONES	109

BIBLIOGRAFÍA. **116**

NORMATIVA	116
CONSTITUCIÓN POLÍTICA	116
LEGALES	116
NORMATIVA INSTITUCIONAL	116
JURISPRUDENCIA	118
CORTE CONSTITUCIONAL	118
CONSEJO DE ESTADO	119
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	119
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. FALLOS DISCIPLINARIOS.	119

DOCTRINA
WEBGRAFÍA

¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

Anexos:

No. 1 Guía de entrevista semiestructurada.

No. 2 Matriz tabulación de entrevistas.

No. 3 Fichas de análisis de fallos disciplinarios.

INTRODUCCIÓN

La causal de falta disciplinaria gravísima del numeral 29 del art. 48 del Código Disciplinario Único fue consagrada con la intención de disuadir a la Administración Pública de no cometer dos (2) conductas: Exigir el cumplimiento del objeto del contrato a los contratistas de prestación de servicios bajo condiciones que hicieran configurar un contrato de trabajo y; de abusar de esta figura al celebrar un número elevado de contratos de prestación de servicios.

Esta circunstancia había llevado al Estado a ser demandado y condenado a reparar a los contratistas que se encontraban en esta situación y que en determinado momento alegaban tener iguales derechos a los funcionarios de planta de personal de las entidades. Igualmente, se pretendía con esta causal controlar la proliferación de nóminas paralelas de contratistas de prestación de servicios frente a los funcionarios de planta en la entidad.

En efecto, la Administración Pública moderna utiliza diversos mecanismos y formas de cumplir con la función pública a ella encomendada con miras a satisfacer las necesidades sociales, siendo uno de ellos el contrato de prestación de servicios; negocio jurídico mediante el cual la Administración puede vincular a personas naturales o jurídicas idóneas y con experiencia cuando requiera suplir un servicio que deba prestar a la comunidad de forma temporal. Sin embargo, el abuso que se ha presentado sobre esta figura puede

resumirse en la declaración dada por el Ministro del Trabajo Rafael Pardo y que cita la revista KienyKe en septiembre 17 de 2013:

“En cuanto a la contratación pública la única estimación fue la que el Ministro de Trabajo, Rafael Pardo, dio a conocer hace más de un año. Pardo dijo que por cada 100 empleados de planta en las entidades territoriales, hay 107 con un contrato por prestación de servicios. Es decir: 100.240 empleados por planta reportados y 170.441 personas vinculadas por contratos de prestación de servicios”.

Por su parte la Agencia Nacional para la Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” en la exposición de motivos para la reforma a la Ley 80 de 1993, presentada en el mes de agosto de 2016, sostiene frente a este tipo de contratos lo siguiente:

“En 2015 en el SECOP hay registrados 297.160 contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en la modalidad de contratación directa, algunos de estos contratos pueden haber sido suscritos con la misma persona natural durante el año. Seguramente el número de contratos de este tipo es mayor puesto que hay un sub registro y no incluimos en la revisión los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión financiados con recursos de crédito”.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La realidad demuestra que se ha presentado el abuso de esta modalidad de contratación por parte de la Administración, lo cual ha llevado a que se desvirtúe su carácter temporal y la no subordinación por parte del contratista; situación que ha conducido a que se configuren los elementos esenciales del contrato laboral consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo; hecho que frente a la tendencia iniciada por el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 en el sentido de dar primacía a la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, dentro de lo que se ha denominado la constitucionalización del contrato de prestación de servicios; han llevado a aplicar el concepto de "contrato realidad" para el sector público a través de pronunciamientos del Consejo de Estado, lo cual ha permitido a las personas vinculadas bajo esta modalidad a la administración impetrar acciones contenciosas con miras a que se les asimile su relación contractual con el Estado al contrato laboral y por ende al reconocimiento de sus derechos laborales en igualdad de condiciones a las que se le configura a un servidor público vinculado a la planta de cargos de la entidad pública.

En efecto, a raíz de las sentencias en contra del Estado bajo la entonces denominada acción de nulidad y restablecimiento del derecho (hoy medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho según la Ley 1437 de 2011) derivadas de la celebración de contratos de prestación de servicios que

cumplían las condiciones para ser catalogados como contratos laborales; y como consecuencia de ello, las altas condenas en contra del Estado, indemnizando los perjuicios causados a las personas contratadas bajo esta modalidad de contratos públicos; el legislador en el año 2002 con el fin de evitar este perjuicio contra el erario público; consagró dentro del régimen disciplinario establecido mediante la ley 734 de 2002, en el libro II parte especial en su artículo 48 de las faltas disciplinarias gravísimas la causal número 29 la cual establece:

“Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Sin embargo, esta figura disciplinaria al parecer no ha producido los efectos que a nivel preventivo y de sanción se esperaban, pues debido a los múltiples requisitos que exige la ley para su configuración no se encuentra fácilmente un proceso disciplinario por esta causal.

En efecto esta situación se puede evidenciar a partir de la siguiente pregunta problematizadora:

¿Debido a los múltiples requisitos que debe cumplir, la causal del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734, se ha convertido en una causal de imposible configuración?

2. Hipótesis.

La hipótesis dentro de esta monografía consiste en demostrar la poca efectividad que presenta la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del art. 48 del CDU la cual se planteó atrás en la pregunta problematizadora.

A partir de la absolución de esta pregunta se podrán sugerir los caminos a seguir, los cuales pueden ser de naturaleza positiva, precisando las condiciones que hoy en día se requieren para la configuración de la falta; o de naturaleza negativa, en cuyo caso, se podría sugerir la eliminación de la falta disciplinaria estudiada en el presente análisis, contribuyendo de esta manera a reducir los excesivos numerales que consagran las conductas gravísimas (las cuales se consagran en 66 numerales y 5 párrafos en el artículo 48 de la Ley 734), por lo que su simplificación, ayudaría a brindar precisión y seguridad jurídica en la aplicación del derecho disciplinario.

Igualmente, se espera elaborar una matriz de probabilidades que de forma gráfica y pedagógica evidencie la mayor o menor posibilidad que esta causal disciplinaria se pueda configurar en los diversos tipos de contratos de prestación de servicios que celebra la administración.

3. Objetivo general

Evaluar la efectividad de la falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único en el control de la configuración de relaciones laborales en contratos de prestación de servicios y en el de la proliferación de las nóminas paralelas en las entidades estatales.

4. Objetivos específicos

- 4.1. Determinar la efectividad de la causal del numeral 29 del art. 48 del CDU a partir del análisis de varios fallos disciplinarios que haya proferido la Procuraduría General de la Nación, tomando como insumo las entrevistas personales realizadas a los operadores disciplinarios del Ministerio Público y de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades públicas, y a partir de este análisis elaborar una propuesta que incida en la aplicabilidad de esta causal.
- 4.2. Precisar y aclarar las condiciones para el cumplimiento de los elementos que configuran el tipo disciplinario necesarios para estructurar la responsabilidad disciplinaria por infracción al numeral 29 del art. 48 de la ley 734 de 2002.
- 4.3. A partir de los pronunciamientos jurisprudenciales y la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) precisar las

condiciones legales que se deben reunir para que se entienda configurada la falta.

- 4.4. Precisar las diferentes modalidades de contratos de prestación de servicios que contempla la ley en la actualidad y calificar su mayor o menor probabilidad para que sobre ellas se configure la causal disciplinaria analizada.

5. Justificación.

Esta investigación se adelanta para establecer la efectividad de la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del art. 48 de la Ley 734 de 2002, y si ella cumple con el objetivo para el cual fue creada, como es la contención de la configuración del contrato laboral dentro de los contratos de prestación de servicios y el control a las nóminas paralelas dentro de las entidades estatales.

Al respecto vale citar a Villegas quien en su obra "El contrato de prestación de servicios: estructura del tipo disciplinario" sostiene:

"En las discusiones acerca del Contrato de Prestación de Servicios, objeto muchas veces de aparente mutación jurídica para hacerle producir efectos no deseados, entre ellos el salto cualitativo al contrato realidad, que obligaron a la consagración punitiva a título de falta disciplinaria, no del contrato, sino del efecto perverso que se le imprimió como una forma adicional de contraprestación de favores políticos, a floró, entre otros, el de

las llamadas “nóminas paralelas”, génesis del numeral 29, artículo 48, del Código Único Disciplinario.

Como la nómina del Estado se encontraba saturada y no quedaba espacio alguno para ubicar seguidores o correligionarios, se hizo necesario desfigurar el Contrato de Prestación de Servicios a través de la vinculación masiva de personas que poco o nada le aportaban a la Administración Pública, a cambio de estipendios que no correspondían a lo que el vinculado le entregaba a esta, con el aditamento de que a la desvinculación “contractual” del beneficiario seguía el adelantamiento de acciones judiciales encaminadas a demostrar la realidad de la falacia; algunos estamentos judiciales fueron pródigos en dispensar condenas a la Nación, con lo cual la sangría del erario público se hizo mayor”.

Por su parte Roa Salguero et al (2009) sostienen que:

“Lo que pretende la norma es sancionar el abuso que se hace de la figura del contrato de prestación de servicios, al someter al contratista a una total subordinación que desnaturaliza completamente la relación contractual llevándola al plano laboral con las consecuencias que ello conlleva de romper con la máxima de trabajo igual salario igual, en la medida que del contrato de prestación de servicios resulta una vinculación independiente y autónoma del contratista debiendo éste asumir por completo su seguridad social y no gozar

de prestaciones, mientras que el trabajador oficial y el empleado público disfrutan de todas esas garantías propias de su relación con la administración”.

Consideramos que este estudio contribuirá a generar seguridad jurídica dentro de la aplicación del régimen sancionador colombiano; servirá a los órganos de control disciplinario a lograr una mayor efectividad en su gestión al precisar en la actualidad el cumplimiento de los requisitos esenciales para la configuración de la falta disciplinaria y permitirá a la administración hacer un uso adecuado de las herramientas administrativas que consagra la ley, tales como el contrato de prestación de servicios, sin temor a vulnerar el ordenamiento jurídico.

6. Marco metodológico

6. 1. Tipo de investigación

Se trata de una investigación jurídica de enfoque cualitativo y cuantitativo, con validación en terreno a partir de entrevistas con operadores disciplinarios, en donde el objeto del conocimiento lo constituye una norma de carácter sancionatorio dentro del derecho administrativo y que gira en torno al uso indebido del contrato de prestación de servicios, en la que se ha analizado la efectividad de la aplicación de la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del art. 48 de la Ley 734 de 2002; la configuración de los elementos materiales del tipo disciplinario, los pronunciamientos que frente a estos elementos ha realizado la jurisdicción y las normas legales y reglamentarias que

han incidido en su aplicación. Para lograr este objetivo, en el capítulo II de este estudio, se analizan los fallos disciplinarios que por esta causal disciplinaria se han producido en la Procuraduría General de la Nación como ente rector del control disciplinario en nuestro país.

RESUMEN DE LA MONOGRAFÍA

El legislador a través del Código Disciplinario Único plasmado en la Ley 734 de 2002 consagró una falta disciplinaria consistente en la celebración del contrato de prestación de servicios el cual en su ejecución fuera desarrollado bajo los mismos presupuestos que exige el contrato laboral, implicando para ello el cumplimiento de función pública o administrativa y que exigiera subordinación y ausencia de autonomía, salvo las excepciones que la misma ley consagrara.

Con esta casual lo que se pretendía era evitar las altas demandas contra el Estado por personas que alegaban la mutación de contratos de prestación de servicios a contratos laborales, controlar la proliferación de las nóminas paralelas así como la práctica nociva para la administración de volver los contratos de prestación de servicios indefinidos en el tiempo.

No obstante, los elementos que configuran el tipo disciplinario, así como los pronunciamientos judiciales y las modificaciones legales, han hecho que este tipo disciplinario en la actualidad tenga muy poca o nula aplicación.

En esta monografía por tanto, se analizará la configuración que exige la ley para el tipo disciplinario, la dificultad que por diversas causas presenta el cumplimiento de los requisitos del tipo y los mecanismos alternativos que hoy en día se cuentan en el ordenamiento jurídico colombiano, todo ello tendiente a proteger a la administración pública y los derechos de las personas que se

vinculan con la administración bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

CAPÍTULO I

REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 734 DE 2002

1. Generalidades

El art. 48 del Código Disciplinario Único dispone en su numeral 29 que es falta disciplinaria gravísima:

“Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Esta causal fue consagrada por la Ley 734 de 2002 con la finalidad de que la administración pública no diera lugar a la configuración del contrato laboral cuando celebraba contratos de prestación de servicios y, de evitar el abuso del contrato de prestación de servicios al constituir lo que se ha denominado las nóminas paralelas.

Se pretende con el desarrollo de esta monografía, efectuar una evaluación a la efectividad de la falta disciplinaria gravísima del numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único como herramienta que fue concebida para el control de la configuración de relaciones laborales en contratos de prestación

de servicios y en el de la proliferación de las nóminas paralelas en las entidades estatales.

Como el concepto de efectividad implica un análisis del logro del efecto que se espera o desea de una norma, para nuestro caso de estudio se concretará en el análisis de los fallos disciplinarios proferidos con base en esta causal; sobre el conocimiento que sobre la misma tienen los funcionarios con competencias disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación, de algunas personerías y de las Oficinas de Control Interno Disciplinario; y sobre el análisis de la posibilidad de configuración de esta causal en las diversas modalidades del contrato de prestación de servicios que la legislación actual le permite a la administración.

2. Marco temporal y espacial

La presente investigación tiene como objeto de estudio la causal calificada como falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 29 del art. 48 de la ley 734 de 2002, dentro del régimen disciplinario de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas en Colombia, para lo cual se realizará un análisis de la utilización de esta causal disciplinaria en el período de tiempo comprendido entre el año 2002; año en el que fue expedida la Ley 734 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, hasta el año 2015 a fin de verificar su eficacia y de establecer la existencia de los principales cambios, evolución jurisprudencial y normativa al respecto, durante este período.

3. Marco conceptual

Los conceptos recurrentes dentro de este trabajo son: Atemporalidad, cumplimiento de actividades de la administración, cumplimiento de actividades de funcionamiento, contrato de trabajo, contrato de apoyo a la gestión, contrato artístico, contrato de prestación de servicios, contrato profesional, coordinación de actividades, función pública, función administrativa, dedicación de tiempo completo, falta gravísima, función misional, nómina paralela, responsabilidad disciplinaria, salario, servicios logísticos, servicios operativos, servicios asistenciales, subordinación y autonomía.

4. Marco jurídico

Normas constitucionales

El artículo 53 de la Constitución Política consagra los principios mínimos fundamentales para el ejercicio del derecho al trabajo en Colombia.

Régimen legal

Por su parte los siguientes ordenamientos establecen la normatividad fundamental que regula la materia:

Código Sustantivo del Trabajo, arts. 23, 158, 161 subrogado por la Ley 50 de 1990.

Régimen disciplinario de los servidores públicos Ley 200 de 1995, Ley 734 de 2002, Ley 1474 de 2011.

Régimen de la contratación estatal, Ley 80 de 1993, art. 24 núm. 4; art. 32 núm. 3; Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013, Decreto 1082 de 2015.

Normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, Ley 489 de 1998.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha tratado sobre los asuntos objeto de este estudio en las siguientes sentencias: CConst, C-089A/1994, V. Naranjo; CConst, C- 280/1996, J. Córdoba; CConst, C-286/1996, J. Hernández; CConst, C-154/1997, H. Herrera; CConst, C-866/1999, V. Naranjo; CConst, C-543/2001, A. Tafur; CConst, C-037/2003, A. Tafur; CConst, C-094/2003, J. Córdoba; Cconst, C-284/2016, G. Mendoza.

Consejo de Estado

Por su parte el Consejo de Estado ha analizado la materia en los siguientes pronunciamientos: CE Sala Plena, 18 nov 2003, N. Pájaro. Rad. IJ-0039; CE Sección Tercera, auto 13 oct. 2011, J. Santofimio. Rad. 41719; CE, Sección Segunda, sentencia de 2 de mayo de 2013, A. Vargas. Rad. 2027-12; CE, Sección Tercera, sentencia de unificación de 2 de diciembre de 2013, J

Santofimio. Radicación: 41719; CE, Sección Segunda, sentencia de 13 de febrero de 2014, A. Vargas. Rad. 1807-13; CE, Sección Tercera, sentencia de 12 de junio de 2014, J. Santofimio. Rad. 29203.

Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia analizó aspectos de la subordinación jurídica y del reglamento de trabajo en la Casación del 17 de agosto de 1948. Gaceta del Trabajo, T. III nums 17 y 28 p. 603.

5. Marco teórico

Dentro del marco teórico analizaremos los requisitos objetivos para la configuración de la falta analizada a partir del análisis del tipo disciplinario consagrado en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 en el que se observa que para poder dar aplicación al mismo se exigen:

5.1. Celebración de un contrato de prestación de servicios

Para estos efectos debemos entender que simplemente se deben cumplir los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal, y para ello el artículo 41 Ley 80 de 1993 dispuso:

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...”

Cabe precisar que para que se entienda perfeccionado el contrato las partes deben manifestar libremente su voluntad y esto se logra a partir de la firma del contrato. Sin embargo, llama la atención que frente a las nuevas modalidades de celebración de contratos en donde para el caso de la contratación por mínima cuantía con la simple aceptación de la oferta por parte de la entidad estatal, se configura el contrato (núm. 8 art. 2.2.1.2.1.5.2. Dec. 1082 de 2015). En igual sentido en la operación secundaria de los acuerdos marcos de precios en donde se establece que la orden de compra es la manifestación de la voluntad de una entidad compradora de vincularse al acuerdo marco de precios y obligarse en sus términos y condiciones y es el soporte documental de la relación entre el proveedor y la entidad compradora (Manual para la Operación Secundaria de los Acuerdos Marcos de Precios M-OSAMP-01 Colombia Compra Eficiente).

Al respecto Villegas afirma:

“En este punto debe quedar claro que la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios no agota la falta pues ninguna irregularidad puede advertirse en el proceder de quien, con estricto apego al ordenamiento jurídico, suscribe uno de aquellos contratos estatales permitidos y reglamentados por el Estado. De allí que este primer presupuesto de la falta disciplinaria remita a la suscripción de un contrato de prestación de servicios en cuanto es con ocasión de tal suscripción que el actor incurre en irregularidades susceptibles de alterar la

naturaleza del contrato y de generar responsabilidad”.

5.2. Cumplimiento de función pública

La Constitución Política en su artículo 123 último inciso consagró que:

“La Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Este elemento que es constitutivo del tipo disciplinario, fue objeto de precisión jurisprudencial, mediante sentencia C-037 de 2003, en la que la Corte Constitucional declaró exequible la expresión *“presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política”* contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

La función pública hace referencia en sentido amplio, al conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas en orden a alcanzar sus diferentes fines y, excepcionalmente por expresa delegación legal, por parte de los particulares.

Observamos entonces que la función pública abarca todas las entidades y

funciones del Estado. “Corolario de lo anterior, se infiere que la función pública en forma general abarca la mayoría de la variedad de funciones que realiza el Estado para el cumplimiento de sus fines, incluidas la legislativa y judicial; pero como la rama que por excelencia desarrolla la función administrativa es la rama ejecutiva, la cual conforma la administración pública, la función pública es el género y la función administrativa es una de las especies de ella” (Riaño, 2014, p. 17).

Uno de los puntos que más dificultad presenta es la diferenciación entre función pública y servicio público, al respecto vale la pena traer a colación lo afirmado por el Dr. Juan Carlos Novoa Buendía, Procurador Delegado para la Sala Disciplinaria durante su ponencia en el 5o Congreso Internacional de Derecho Disciplinario organizado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público llevado a cabo en la ciudad de Bogotá durante los días 9 y 10 de julio de 2015:

“Es necesario tener claro o, por lo menos un criterio, que nos permita como autoridades disciplinarias establecer cuando estamos frente a la función pública que nos permita diferenciarla del servicio público. Es necesario distinguir para acertar.

*Al respecto debemos en este escenario académico proponer un criterio. Es el **principio de subsidiariedad**. Para su buena comprensión es menester tener claro los siguientes presupuestos:*

En primer lugar, debemos señalar que en la sociedad existen pequeñas sociedades o cuerpos intermedios que se ubican entre el individuo y el Estado. Es bien sabido por todos que el individuo no nace aislado y solo. La persona humana nace naturalmente en sociedad. Nace y se desarrolla principalmente en familia. Y luego pasa a experimentar otro tipo de sociedades o cuerpos intermedios como la escuela, el colegio, la universidad, los gremios, las corporaciones, etc., para continuar con su desarrollo. Estos cuerpos intermedios son importantes porque le ayudan al hombre a su bienestar no solo material, sino intelectual y moral, y porque en últimas lo protegen de los abusos en los que pueda incurrir el Estado.

Lo anterior implica que las pequeñas sociedades o cuerpos intermedios tengan funciones propias que deben cumplir frente al ser humano, así como también el Estado tendrá funciones propias que cumplir frente al ciudadano.

Aquí es importante detenernos para poner acento en un aspecto que nos va a llevar a descubrir el concepto de función pública. Y es el siguiente: cuando el Estado cumple las funciones que le son propias para propiciar el bienestar material y ayudar en la perfección moral e intelectual del ciudadano, esas funciones naturales, inherentes y reservadas que competen solo al Estado y no a la sociedad o como hemos dicho aquí, a los cuerpos intermedios, esas actividades son las llamadas funciones públicas”.

Por su parte la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios define la

función pública así:

“...Como se observa, entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por éstas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplazan hacia personas que no se encuentran vinculadas con la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo), lo cual bien puede generarse a través de un contrato de prestación de servicios en los términos que lo permiten las normas sobre la materia, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues aunque mediante este medio no se genera subordinación ni dependencia con la administración, si es posible que su ejecución conlleve el ejercicio de una actividad netamente administrativa” (Procuraduría Auxiliar de la PGN, PAD-No. 7653 de 27 de noviembre de 2002).

5.3. Cumplimiento de función administrativa

El fundamento constitucional de esta función está consagrado en el artículo 210 de la Carta el cual establece:

“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley...”

A pesar de que muchos autores y la misma ley no diferencian entre la

función pública y la función administrativa, es claro que en ellas hay diferencias. “La función administrativa es definida como la actividad desplegada por el órgano del Estado que desempeña las funciones administrativas, es decir, el gobierno o poder ejecutivo a través del Presidente, ministros y directores de departamentos administrativos, actividad que es la más amplia y notoria que ejerce el Estado” (Riaño, 2014, p. 17).

Cabe analizar que aunque pareciera que la función administrativa solamente puede ser desempeñada por una entidad perteneciente a la rama ejecutiva, la realidad es que la función administrativa puede ser desarrollada por entidades pertenecientes a diferentes ramas u órganos del estado; llegando incluso a poder ser desempeñadas por particulares.

Frente a este elemento constitutivo del tipo disciplinario también se produjo precisión jurisprudencial mediante sentencia C-866/99, en la cual la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la ley 489 en donde se establecieron requisitos para que los particulares desempeñaran temporalmente funciones administrativas. Se precisó que estas deben ser atribuidas a través de actos administrativos o convenios, fijando en todo caso, las condiciones y circunstancias de la atribución, para dar así cumplimiento a lo pactado en los artículos 123 y 210 de la Constitución.

En efecto la Ley 489 de 1998 en el Capítulo XVI Ejercicio de Funciones Administrativas por Particulares dispone en su articulado:

“Artículo 110. Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

**La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañado de convenio, si fuere el caso”.
(Resaltado nuestro)**

Vale señalar que en este artículo se exige que para la atribución de funciones administrativas debe existir como precedente un acto administrativo acompañado de convenio si fuere necesario, configurándose el contrato de prestación de servicios como un contrato accesorio al principal que en este caso sería el convenio. Esto quiere decir que el acto administrativo o el

convenio deben ser previos o por lo menos concomitantes a la configuración del contrato de prestación de servicios, el cual por el principio de integración de disposiciones debe hacer parte integral de los documentos del contrato de prestación de servicios, ya que no se podría sorprender de forma posterior al contratista con prestaciones establecidas en el acto administrativo o convenio que deben ser cumplidas dentro del contrato de prestación de servicios y que configurarían funciones administrativas.

En relación con el convenio a celebrar se trata de un claro ejemplo de descentralización por colaboración, al respecto Chávez sostiene:

“La Ley 489 de 1998 dedica su capítulo XVI al ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, con lo cual desarrolla y regula la participación social y ciudadana en las mismas. Pero dadas las condiciones a las cuales somete tal otorgamiento, no hay duda que la ley se refiere a la modalidad contractual de asignación de dichas funciones. Esta forma de gestión fue identificada en este trabajo como colaboración convencional y por alguna parte de la doctrina colombiana, así como por la jurisprudencia, también se denomina descentralización por colaboración; la cual a su vez constituiría para estos últimos analistas una especie o manifestación de la descentralización administrativa.

En el contexto anterior, puede indicarse que la descentralización por

colaboración consiste en el traslado o radicación de competencias o funciones públicas, o específicamente administrativas, a particulares, que pueden ser personas naturales o jurídicas, quienes las ejercerán en su propio nombre y con el compromiso directo de su responsabilidad, pero bajo el control y vigilancia del Estado. La supervisión del Estado debe llevarse a cabo porque se trata del desarrollo de funciones que a este le corresponden, de las cuales no se desprende de una manera absoluta, dado que sigue siendo su titular y permanecen en el ámbito de sus atribuciones". (2008, p. 337).

Por su parte el siguiente artículo de la Ley 489 de 1998 dispone:

"Artículo 111. Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento

administrativo, de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo, mediante el cual determine:

- a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares;*
- b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;*
- c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;*
- d) La forma de remuneración, si fuera el caso;*
- e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.*

2. La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años prorrogables y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas”.

Como se observa este artículo dispone que para adjudicar el contrato se deben elaborar términos de referencia o pliegos de condiciones teniendo en cuenta los principios establecidos en la ley 80, obligando de esta forma a adjudicar el contrato mediante los procedimientos de licitación pública o selección abreviada, descartando en este caso que el contrato de prestación de servicios pueda acudir al procedimiento de contratación directa.

Adicionalmente exige que este contrato se adjudique por el plazo mínimo de 5 años prorrogables, asimilando por este aspecto a los contratos de concesión, por lo que consideramos que en este sentido la causal disciplinaria no se podría configurar para este tipo de contratistas de prestación de servicios, por la sencilla razón que no permitiría la configuración del requisito de subordinación y ausencia de autonomía, pues es de la esencia de los contratos de concesión que éstos sean gestionados bajo criterios de autonomía por parte del concesionario en cuanto a prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público o la construcción, explotación, o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio público, situación que conlleva a que en este tipo de contratos sea el concesionario quien asuma mayor cantidad de riesgos, pues es quien más

conoce el negocio, los cuales corren por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente. Otro punto que tendría dificultad sería el de la temporalidad del contrato de prestación de servicios, pues al ser adjudicado por el término de 5 años, los cuales a su vez se pueden prorrogar, se podría estar frente a la atemporalidad del contrato de prestación de servicios.

Finalmente, y como si fueran pocos los requisitos exigidos para el otorgamiento de función pública o administrativa a un particular, la Corte Constitucional ha precisado que este mecanismo no puede convertirse en un pretexto de la administración pública para dejar de cumplir las funciones que directamente les corresponde llevar a cabo; en efecto, así se establece en lo preceptuado por la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 2001:

“b) la previsión legal, por vía general da autorización a las entidades o autoridades públicas, titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas jurídicas o personas naturales), mediante convenio precedido de acto administrativo, el directo ejercicio de ellas; debe tenerse en cuenta, como lo ha señalado la Corte, que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga”. Este supuesto aparece regulado primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 a 114 tal como ellos rigen hoy, luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la

Corte”.

5.4. Que el ejercicio del contrato de prestación de servicios requiera dedicación de tiempo completo

Este elemento que es constitutivo del tipo disciplinario, hace relación a la jornada de trabajo; en ese sentido, el artículo 158 del CST establece que la jornada ordinaria de trabajo será la que convengan las partes o a falta de convenio la máxima legal. Igualmente el artículo 161 del CST subrogado por la Ley 50 de 1990 establece en su artículo 20 que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas al día y 48 a la semana, salvo las excepciones que la misma ley establece.

Al respecto la Procuraduría General de la Nación en concepto emitido por la Vice Procuraduría General de la Nación sostuvo lo siguiente:

“...De acuerdo con el tipo disciplinario, contrario a lo manifestado por el doctor... en su escrito de alegatos, no es requisito esencial que en el contrato esté expreso el cumplimiento de un horario determinado, ni que los jefes de los contratistas expresamente le exija el cumplimiento de horarios. La norma sólo está exigiendo como elemento del tipo disciplinario que las funciones públicas desarrolladas por los contratistas requieran de dedicación de tiempo completo, por cuanto, las características de las funciones asignadas, por tratarse de funciones públicas asignadas por la Constitución o la ley, y por la cantidad de trabajo asignado a cada uno de ellos, no le permite al contratista tener independencia, autonomía y mucho

menos dedicación parcial de tiempo, para cumplir cabalmente con las tareas asignadas". (Fallo de 1ª instancia de 1º. de dic de 2004).

No compartimos la anterior posición, pues esta exigencia en la práctica se concreta en que el contratista de prestación de servicios deberá cumplir el objeto del contrato acatando el horario fijado por la entidad estatal, para de esta forma cumplir con la jornada de trabajo, circunstancia sobre la cual se ahondará en el numeral siguiente.

5.5. Que el ejercicio del contrato de prestación de servicios implique subordinación del contratista

Este elemento constitutivo del tipo disciplinario es a su vez consagrado como elemento constitutivo esencial del contrato laboral según lo establecido por el art. 23 Código Sustantivo del Trabajo; en efecto, el artículo 23 del CST subrogado por el art. 1o. de la Ley 50 de 1990 establece como uno de los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo:

“b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los

tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país...”

Por su parte Villegas aduce:

“La subordinación no puede estar implicada en el Contrato de Prestación de Servicios, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de carácter laboral que es una de sus notas características; por ello las entidades públicas deben ser muy cuidadosas para no terminar, incluso de buena fe, desnaturalizando la figura inicial que se pudo considerar para dar la apariencia de una relación distinta que la primigenia. Exigencias sobre cumplimientos de horarios, memorandos dirigidos a los empleados de planta que se extienden al contratista de prestación de servicios, la concesión o la negativa de permisos, son, muchas veces, la antesala de demandas contra la Nación” (O. Villegas p. 27)

Con relación al concepto de subordinación observamos que el anterior artículo se centra en precisar que la continuada subordinación del trabajador es la posibilidad de exigirle el cumplimiento de órdenes e imposición de reglamentos y que una de las manifestaciones más claras de estos reglamentos se precisa en el cumplimiento de horario, sobre el cual el Consejo de Estado venía sosteniendo que el imponer cumplimiento de horario podía configurar el elemento que exige la ley para el contrato laboral; es decir no admitía la exigencia de cumplimiento de horario sobre el contratista de prestación de

servicios. Sin embargo, en el año 2003 se produjo un cambio en la línea jurisprudencial por medio de la sentencia de importancia jurídica, proferida en Sala Plena de 18 noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, actor María Zulay Ramírez, en la que sostuvo lo siguiente:

*“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer administrativo de la entidad basada en las cláusulas contractuales”.** (Resaltado nuestro)*

En igual sentido Roa Salguero et al citando jurisprudencia del Consejo de Estado sostienen que:

“No obstante, en lo que concierne al tema de los horarios el Consejo de Estado ha manifestado que el cumplimiento de horario de los contratistas no genera subordinación, toda vez que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, sometiéndose este último a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación” (Sección Segunda, Subsección A sentencia de 22 de febrero de 2007, exp No 47001-23-31-000-1999-00248-01 C.P. Jaime Moreno García. Sentencia de 2 de noviembre de 2006, Rad. No. 500012331000200000027 01 C.P. Alberto Arango Mantilla).

Con la anterior jurisprudencia emitida en Sala Plena de 2003, se produce un cambio en la línea jurisprudencial que traía el Consejo de Estado, la cual permite que se pueda exigir a los contratistas de prestación de servicios el cumplimiento de horario siempre y cuando sus actividades deban desempeñarse de forma coordinada con las de la administración y de modo que se preste el servicio de la mejor forma para atender la misión de la entidad. Por lo tanto entendemos que esta circunstancia de exigencia de horario laboral ya no puede constituir requisito material del tipo disciplinario.

5.6. Que el ejercicio del contrato de prestación de servicios implique ausencia de autonomía

En cuanto a la ausencia de autonomía podemos traer a colación a Lino Acevedo Gómez en su obra Derecho Individual del Trabajo quien sostiene:

"5. SUBORDINACIÓN PERSONAL, ECONÓMICA Y TÉCNICA. Se habla de subordinación personal como característica del contrato de trabajo o de la relación de trabajo, por cuanto el trabajador está bajo la dependencia o dirección del empleador, quien en forma permanente le está impartiendo órdenes e imponiéndole reglamentos, concepto este que ha sido abandonado. Se dice que la subordinación es económica aduciéndose como razón que el trabajador se vincula laboralmente en procura de un salario como retribución, que va a ser la fuente de subsistencia. No es apropiada esta concepción, ya que muchas personas pueden depender económicamente de otra y otras sin que exista contrato de trabajo, como sería el caso de un comerciante que constituye una empresa para distribuir los productos de otra: depende económicamente, sin tratarse de una relación de trabajo dependiente sino autónomo.

Se recurre a la subordinación técnica que en el contrato de trabajo pretende hacer ver al operario como sujeto a todas las órdenes que le imparte el empleador sobre la forma como debe realizar la tarea. Esta apreciación exigiría que el patrono estuviera permanentemente al pie

del trabajador para dirigirlo en la ejecución del trabajo, lo que no ocurre en la realidad.

6. SUBORDINACIÓN JURÍDICA. REGLAMENTO DE TRABAJO. JURISPRUDENCIA. La subordinación jurídica es el concepto más aceptado dentro de la relación de trabajo. El patrono solo tiene una potestad o facultad de exigir al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Luego, esa facultad tiene relación únicamente con el trabajo, pero no con otros aspectos de la actividad del trabajador. El patrono puede impartirle órdenes o no. Puede elaborar un reglamento de trabajo o no; más se advierte que si bien el patrono puede elaborar el reglamento sin la intervención de terceros, salvo disposición convencional, ese reglamento está sujeto a la aprobación de la autoridad administrativa del trabajo, y para ello existe un modelo cartabón, del cual no puede separarse el patrono en aspectos fundamentales.

Nuestros tribunales han acogido sin reservas el concepto de la subordinación jurídica considerando que como las relaciones de patrono y trabajador son de derecho, "reguladas por la ley y el contrato, o serán jurídicas, es más adecuado denominar ese vínculo como la subordinación o dependencia jurídica, que consiste en la facultad de impartir órdenes al asalariado, de donde surge de este la obligación

ineludible de someterse a ellas, acatarlas y cumplirlas". Casación del 17 de agosto de 1948. Gaceta del Trabajo, T. III nums 17 y 28 p. 603".

Al respecto podemos agregar que el concepto de ausencia de autonomía se refunde en el de subordinación de forma tal que es válido sostener que para efectos de que se cumpla de la mejor forma el servicio por parte de la entidad, entonces se pueda exigir el cumplimiento de reglamentos y directrices que indican a los funcionarios y contratistas como se debe prestar el servicio, y que en todo caso se pueden justificar con lo argumentado en la sentencia citada anteriormente, es decir con el fin de facilitar las actividades coordinadas con la administración. De forma tal consideramos que, con excepción del contrato de prestación de servicios profesionales, esta exigencia tampoco se puede requerir hoy en día para la configuración del tipo disciplinario en la mayoría de los contratos de prestación de servicios.

5.7. Que no se trate de una excepción legal

Este elemento que es constitutivo del tipo disciplinario, se basa en que la prohibición de que el tipo disciplinario no aplica cuando la misma ley establece una excepción para proceder a celebrar este tipo de contratos. Esta situación se explicita en la sentencia C-094 de 2003 así:

"...Es lo que ocurre, por ejemplo, con los docentes, directivos docentes y administrativos que se encontraban contratados por departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios y que por disposición

de la Ley 715 de 2001 y de los Decretos 688 de 2001 y 1528 de 2002, deben ser vinculados de manera provisional a las plantas de personal docente de las entidades territoriales siempre que, entre otras cosas, su dedicación haya sido de tiempo completo.

En este caso existe una justificación razonable pues se ha alterado la índole del contrato de prestación de servicios con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de educación y se lo ha hecho únicamente de manera transitoria hasta tanto ese servicio sea asumido permanentemente por las entidades territoriales..."

En relación con este tema queremos señalar que no deja de ser contradictoria la posición del legislador al consagrar una falta disciplinaria para la celebración de estos contratos y, al mismo tiempo, autorizar la existencia de unas excepciones en este mismo campo.

5.8. Principio de temporalidad del contrato de prestación de servicios

Este principio hace relación a que el contrato de prestación de servicios debe celebrarse por el término estrictamente necesario y que en ningún momento debe convertirse en un contrato de duración indefinida. Sobre este aspecto vale citar a Ramírez Poveda:

"También busca sancionar aquella costumbre de mantener contratistas

indefinidamente violando el principio de temporalidad que caracteriza estos contratos, renovando continuamente los contratos cada vez que se vencen, e incluso permitiendo que se desempeñe la función, aún sin renovar el contrato, o desempeñando funciones que resultan más propias de un empleo de planta que un contrato ocasional, a diferencia de las que sí pueden ser objeto de esta clase de contrato, como serían asesorías en aspectos puntuales: representación judicial cuando se requiera determinado grado de idoneidad del abogado o no sea posible por los juristas de la entidad; rendición de conceptos en el campo jurídico especializado o en otras áreas técnicas; edición o publicación de elementos de divulgación; servicio de procesamiento de datos, o elaboración de bases de datos o software, o sistemas de información; estadísticas, agenciamiento de aduanas, mantenimiento de equipos o maquinaria, entre otros, con clara diferencia frente a los objetos de la consultoría que son muy específicos" (2012 p. 208).

Dentro de esta misma temática Molano sostiene:

“Ahora bien, de conformidad con las disposiciones transcritas el contrato de prestación de servicios está regido por tres factores de restricción como son: ...

El factor de temporalidad

Significa que el contrato debe celebrarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir la actividad, la que debe ser calificada objetivamente como excepcional, porque en principio debe ser atendida por personal de planta, es decir, que el tiempo del contrato debe determinarse con toda precisión antes de la celebración del mismo” (2006 p. 73)

Por su parte Tapias sostiene que:

“Es necesario recalcar que otra de las características esenciales de dicho contrato es por definición, su temporalidad. Esto quiere decir que la administración determinará por cuanto tiempo es necesario realizar dicha contratación. Lamentablemente en muchas entidades esta temporalidad se ha vuelto indefinida, situación que lleva a tener dificultades con los organismos de control. La misma Corte señala que cuando la entidad ha detectado que dicha temporalidad es indefinida, tiene que realizar las diligencias legales y presupuestales del caso para crear el o los respectivos cargos...

Es claro, que las instituciones deben tener mucho cuidado en la contratación de prestación de servicios. Algunas han abusado de dicha figura y han creado “nóminas paralelas”, con las graves consecuencias que se desprenden de tal situación, por cuanto dichos contratos (que debían ser temporales) se han vuelto indefinidos y porque en éstos se han

incorporado de manera directa o indirecta los elementos de una relación laboral, con las consecuencias de tipo económico ante eventuales demandas referentes al reconocimiento de prestaciones, tal como está ocurriendo ante el contencioso...” (Tapias, p 113)

Esta situación se ha recogido en la ley, específicamente en el reciente Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública número 1083 de 2015 en su artículo 2.2.5.1.7 el cual establece lo siguiente:

“Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos y demás entidades públicas, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

*Prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes. Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, **en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes.***

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato de prestación de servicios ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad, salvo las excepciones legales. (Decreto 1950 de 1973, art. 7)" (resaltado nuestro)

6. Contexto

Dentro del contexto de esta causal de falta disciplinaria gravísima observamos la poca efectividad en su aplicación, pues como se anotará más adelante, de la investigación realizada se puede concluir que el operador disciplinario en muy pocos casos acude a la estructuración de este tipo disciplinario. Esto es lo que se observa una vez analizados los fallos que ha proferido la Procuraduría General de la Nación y de la indagación que al respecto se hizo a través de encuesta a funcionarios de la Procuraduría, Personeros Municipales y funcionarios de las Oficinas de Control Interno Disciplinario.

CAPÍTULO II

DE LA DIFICULTAD MATERIAL DE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DEL TIPO DISCIPLINARIO CONSAGRADO EN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 PARA PODER CONFIGURAR LA FALTA DISCIPLINARIA.

1. Generalidades

Esta Investigación permite vislumbrar que la causal del numeral 29 del artículo 48 del CDU es una causal de baja utilización por parte de los operadores disciplinarios, ello debido a que son tantos y tan complejos los requisitos materiales para su configuración, que el operador prefiere acudir a otros tipos para tratar de estructurar la responsabilidad disciplinaria. En efecto, tal como lo afirma Villegas en su obra citada:

“Si falta alguno de los elementos de la ecuación, puede afirmarse que no existe falta disciplinaria. Es decir, para que pueda sostenerse que un servidor público cometió la falta disciplinaria descrita en el aludido numeral 29 se requiere que se celebre un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones administrativas, que además requiera dedicación de tiempo completo, que no haya duda que esta relación conlleva subordinación y que implique ausencia de autonomía técnica o científica del contratista y que no corresponda a una excepción legal”.

Por otro lado, debido a las precisiones jurisprudenciales y a sus recientes pronunciamientos frente a la materia, así como a la modificación legal introducida por la Ley 1474 de 2011 frente a los conceptos de función pública y función administrativa observamos la complejidad en la aplicación de esta causal tal como analizamos a continuación.

2. Precisiones jurisprudenciales para la configuración de la falta

Una vez expedida la norma objeto del presente estudio dentro de la Ley 734 de 2002, y ante el temor de que se había creado una presunción de derecho por el simple hecho de celebrar un contrato de prestación de servicios, pues únicamente con su perfeccionamiento se cumpliría con los requisitos establecidos en la norma para la configuración del tipo disciplinario; y por otro lado; dado que el tipo disciplinario carecía de la claridad y precisión requerido para todo tipo sancionatorio lo cual haría entender que fue consagrada como falta disciplinaria la sola consagración del objeto propio del contrato de prestación de servicios, el ciudadano Nestor Ivan Osuna demandó la norma del CDU en acción de inconstitucionalidad.

La demanda de inconstitucionalidad sobre el numeral 29 del art. 48 de la Ley 734 fue decidida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-094 de 2003, la cual al respecto declaró su exequibilidad bajo las siguientes premisas:

- *“...En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la*

suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole **si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración,** situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

- En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas **no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento** (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).
- En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque **se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública** y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.
- En cuarto lugar, **se desconoce el régimen presupuestal** pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el

presupuesto correspondiente.

- *Finalmente, **se causa un grave detrimento patrimonial al Estado** pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas...*"

Como se observa, al admitir la constitucionalidad de la norma demandada mediante esta sentencia, se hizo viable el camino a la responsabilidad disciplinaria de los particulares, hecho que permitió que se pudiera configurar la responsabilidad disciplinaria del particular, pues aunque ya desde la Ley 200 de 1995 se había incluido al particular como sujeto pasivo de la acción disciplinaria, en esa Ley no se precisaron sus prohibiciones, derechos, deberes, las faltas y las sanciones y mucho menos el órgano competente para disciplinarlo, situación que dejó inaplicable esta norma dada la imposibilidad de estructurar la responsabilidad disciplinaria.

En efecto, en aquella época y mediante sentencia C-280 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, se declaró inexecutable la expresión del art. 29 de la ley 200 de 1995 "o de prestación de servicios profesionales" argumentando lo siguiente:

*"...La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, **pues allí no se presenta la***

subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente.

En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU”.

Esta posición fue ratificada en la sentencia C-286 de 1996 en la que adicionalmente frente a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 parcial de la Ley 200 de 1995 que establecía:

“Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la comisión de lucha ciudadana contra la corrupción y las personas que administren los recursos de

que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional";

En esta ocasión se precisó que:

"... el precepto acusado no está creando casos de actuación pública permanente a cargo de particulares -supuesto del cual parte el actor- sino reconociendo que, a la luz de la Constitución, ellas pueden darse y señalando como consecuencia la sujeción de quienes asuman su desempeño al régimen disciplinario que la Ley contempla.

Estimase necesario precisar que el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación".

Según la sentencia C-037 de 2003, lo que se venía reconociendo hasta ese momento se hacía bajo un **criterio subjetivo** según el cual lo que se observaba era la relación que se establecía entre la administración y el contratista de prestación de servicios, y en el que se concluía que el contratista de prestación de servicios no era sujeto pasivo del derecho disciplinario por cuanto entre éste y la administración no existía vínculo alguno de subordinación. Sin embargo, frente a las nuevas realidades de la administración pública, que se concretan en el desprendimiento de las funciones estatales, por causa de las dinámicas económicas y que dentro de las teorías político económicas se han

denominado tendencias neoliberales que se imponen hoy por hoy a los estados democráticos las cuales exigen cada vez más el concurso de los privados, se hizo necesario acudir a un **criterio material**, el cual permitiría disciplinar a quienes con fundamento en la función que realizaran, llegaren a ejercer función pública o a prestar un servicio público.

Siendo este el estado de las cosas, en el año 2003 se produjo la sentencia C-037 de 2003 en la que se demandó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 el cual establece:

“Sujetos disciplinables: El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva....”

Para fundamentar este nexo de responsabilidad se acudió al artículo 123 de la Constitución Política el cual establece que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, e igualmente al artículo 210 de la C.P. que precisa que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Fue así como a partir de la adopción de este **criterio material** se analizó el carácter de la función pública y el interés público inherente a ella, argumentando que el ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los controles del estado ni puede exonerarse de las responsabilidades que este ejercicio implica, para concluir que cuando el particular es titular de funciones públicas correlativamente asume las consiguientes responsabilidades con todas las consecuencias que ello conlleva, en aspectos civiles, penales e incluso disciplinarios.

Por su parte Villegas, frente a este tema agrega:

“En estos eventos, el poder disciplinario del Estado no surge únicamente del vínculo subjetivo de subordinación como erradamente se afirma en la sentencia C-280 de 1986, sino del ejercicio efectivo de una función pública o servicio público aspecto material, pues no puede perderse de vista que el derecho disciplinario debe asegurar el respeto no sólo de garantías individuales sino de los fines del Estado, fines éstos que si bien corresponde cumplirlos a cada una de las instancias que conforman la persona jurídica Estado, también le corresponde acatarlos a aquellos particulares que han decidido desempeñar o prestar una función o servicio que, en principio, correspondería a aquel, hecho que justifica la aplicación del poder disciplinario a éstos, independientemente de la forma como dichos particulares hayan accedido al ejercicio de la función pública o la

prestación del servicio público, dado que es su ejercicio material lo que justifica la aplicación del poder sancionador”.

De esta forma, se logró que casos en los cuales los particulares administran recursos públicos, como en la situación de los parafiscales, o el de las entidades prestadoras de servicios de salud que administran recursos parafiscales del sector o el de las Cámaras de Comercio, no quedaran por fuera del radio de acción del control del Estado.

Esta interpretación cobijó también a aquellos particulares que desempeñaban función pública como es el caso de los miembros de los Comités de Estratificación Socioeconómica, las Juntas de Invalidez, los conciliadores, etc.

Igualmente analiza la sentencia a partir de una visión sistemática de la Constitución, los artículos 118, 123, 124, 256.3 y 277.5.6 los cuales llevan a la conclusión que el control disciplinario fue reservado por el constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas.

Y concluye la Corte en su análisis lo siguiente:

“...En ese orden de ideas, **para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas**, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado (que se traducen

generalmente en el señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción) que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario”.

Finalmente, dentro del resuelve de la sentencia C-037 de 2003 se estableció lo siguiente:

*Quinto. Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política” contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, **bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado**, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador”. (Resaltado nuestro)*

Como se puede observar, no solamente es necesario el ejercicio de función pública sino que además se exige que haya manifestación de potestades inherentes al Estado. Dado que para la época de la expedición de la Ley 734 y la consagración de la falta disciplinaria el numeral 29 del artículo 48 había llevado a la parálisis del Estado en cuanto a la celebración de contratos de prestación de servicios, esta interpretación dada por la Corte Constitucional permitió a la administración celebrar los contratos de prestación de servicios sin mayor prevención, dado que la circunstancia de asignar el cumplimiento de función pública con potestades inherentes al Estado a través de estos contratos

es en la realidad escasa, por lo que se permitió entonces realizar funciones administrativas de las entidades mediante esta modalidad contractual.

Por su parte, como ya hemos explicado, para el cumplimiento de función administrativa se requiere la atribución de las funciones administrativas, las cuales deberán estar precedidas de acto administrativo y acompañado de convenio, si fuere el caso, tal como lo establece el artículo 110 de la Ley 489 de 1998.

3. La modificación sufrida por el elemento subordinación a partir de la variación jurisprudencial producida con la sentencia del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003 Radicación IJ-0039

Tradicionalmente se había entendido la subordinación como la exigencia de cumplimiento de horario al contratista, o la imposición de órdenes o instrucciones para el cumplimiento de su labor; sin embargo, ante la realidad de que hay funciones dentro de la entidad en las que se hace necesario el apoyo de personal vinculado por contrato de prestación de servicios y que con el único objetivo de prestar un eficiente servicio por parte de la entidad estatal, se hacía imperativo el cumplimiento de horario: verbi gracia: el personal de aseo, el personal que atiende a los funcionarios, los médicos que deben cumplir turnos de acuerdo a la organización de prestación del servicio en un hospital, etc., se produjo la sentencia de 18 de noviembre de 2003, mediante la cual el Consejo de Estado precisó que este tipo de actividades en las que a

pesar de exigirse horario, se enmarcarían dentro de las **labores de coordinación** para una eficiente prestación del servicio. En efecto, en los apartes relevantes de esta sentencia se sostiene:

“...es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**”

(Resaltado nuestro).

De forma tal que a partir de esta sentencia se reconoció que ciertas actividades de la administración pública en las que se requieren contratistas de prestación de servicios necesitan que éstos cumplan horario para el adecuado

y eficiente cumplimiento del servicio encomendado, afectando de esta manera el requisito de subordinación y autonomía para la configuración del tipo disciplinario.

4. La modificación realizada al régimen disciplinario de los particulares por el artículo 44 de la ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción

La situación de claridad y de precisión de lo que debía entenderse por función pública y su diferencia frente a la función administrativa que había brindado la jurisprudencia frente a la aplicación y celebración de contratos de prestación de servicios por parte de la administración, se ha visto nuevamente confundida por la expedición de la ley 1474 de 2011 denominada Estatuto Anticorrupción, al establecer dentro de su Capítulo Tercero Medidas Disciplinarias para la Lucha contra la Corrupción, artículo 44 Sujetos Disciplinables, que modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 el cual establece lo siguiente:

“Artículo 44. Sujetos disciplinables. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así: El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; **también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria**, en

lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva".
(Resaltado nuestro)

De la redacción del articulado transcrito podemos concluir que hoy en día por el solo hecho de cumplir funciones administrativas, se entiende que cumplen funciones públicas, cayendo nuevamente en la confusión que se produjo cuando se expidió la norma del numeral 29 del art. 48 a través de la ley 734 de 2002, pues al definir lo que se debe entender como ejercicio de la función pública como: "aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado que permitan el cumplimiento de los cometidos estatales", confunde nuevamente una situación que había sido decantada por los jueces. En otras palabras, lo que hace esta norma es equiparar función pública a función administrativa a actividades propias de los órganos del Estado, pero adicionalmente, exige que las debe acreditar ordenando conductas, expidiendo actos unilaterales o ejerciendo poderes coercitivos.

La norma también reitera la exigencia de la Ley 489 de 1998 en el sentido que requiere para realizar las funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado que el particular cuente con autorización otorgada por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato.

5. Elementos para la configuración de la responsabilidad disciplinaria. Tipicidad, culpabilidad e ilicitud sustancial.

5.1. Tipicidad

Uno de los grandes logros del Estado moderno es el de que para poder imputar responsabilidad a cualquier ciudadano la conducta reprochada debe estar previamente consagrada en la ley, esto es, lo que se ha denominado tipicidad y que constitucionalmente es el desarrollo del principio de legalidad plasmado en el artículo 29 de la Constitución Política.

En palabras del tratadista Forero (2001) "Dentro del Estado Social de Derecho, juega un papel preponderante el principio de legalidad, cuya consecuencia inmediata radica en que tanto los particulares y con mayor razón los Servidores Públicos, debemos estar sujetos al Ordenamiento Jurídico preestablecido"

Según Roa et al (2009) aplicando la definición que en derecho penal se hace del tipo: "en materia disciplinaria podemos decir que el tipo disciplinario es la descripción general y abstracta que hace la norma de una conducta de un servidor público o de quien en forma transitoria tenga esa calidad o ejerza funciones propias de aquel, que constituyan deberes, prohibiciones y faltas cuyo incumplimiento o realización atenten contra la buena marcha del servicio que presta la administración pública".

Por otro lado, para poder determinar el ámbito de la responsabilidad disciplinaria es necesario precisar que la finalidad de la misma es la de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos o particulares que desempeñan función pública, que los afecten o pongan en peligro, lo cual se logra a través de la respectiva acción disciplinaria. Sin embargo, para poder imputar responsabilidad disciplinaria a una persona es necesario establecer el criterio jurídico de imputación el cual está demarcado dentro de un Estado de Derecho por la relación de sujeción dada entre el Estado y el ciudadano. En efecto, se han determinado por la doctrina dos clases de relaciones de sujeción:

- Relación general de sujeción: Es la que tiene cualquier ciudadano con el Estado y la cual se concreta en el cumplimiento de la Ley y la Constitución.
- Relación especial de sujeción: Es la que asumen algunos ciudadanos al establecer vínculos con el Estado, y mediante la cual se comprometen además a cumplir con unos deberes y obligaciones establecidas de forma genérica para todo aquel que es servidor público y específicos de acuerdo a los reglamentos propios de cada administración.

Esta circunstancia es elevada a nivel constitucional en el artículo 6º el cual establece que:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Ahora bien, dentro del derecho disciplinario esta infracción puede ser cometida por acción o por omisión y es así como el artículo 27 del CDU preceptúa:

“Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”

En materia de contratación pública, los artículos 3, 26 y 51 de la Ley 80 de 1993 establecen que la responsabilidad en el ámbito contractual se configura sobre el servidor público que desconozca los fines de la contratación, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, la vigilancia sobre la ejecución del contrato, la protección de los intereses de la entidad y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, entre otras obligaciones. En estos casos el servidor público responderá disciplinaria, penal y civilmente por las acciones u omisiones en las que incurra durante el proceso contractual.

De esta forma concluimos que el primer requisito para determinar la responsabilidad disciplinaria es analizar si la conducta está descrita como falta dentro del ordenamiento legal.

5.2. Culpabilidad

La culpabilidad es definida como un juicio de reproche que se le hace a la conducta de un servidor público al exigírsele un comportamiento diferente al que realizó, analizando la posibilidad que tuvo ese funcionario de conocer la prohibición de esa conducta y por ende el análisis sobre si la conducta desplegada fue a título de dolo o de culpa.

5.2.1. Dolo

Se evidencia en la posibilidad cierta y real que tuvo el sujeto de conocer la prohibición de la conducta, conocer los hechos, lo ilícito de su conducta y la posibilidad de representarse el resultado.

5.2.2. Culpa

Por su parte la culpa es calificada como gravísima, grave y leve. El artículo 44 parágrafo de la Ley 734 de 2002 define las clases de culpa así:

- o **Gravísima:** Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

- **Ignorancia supina:** Es la violación al deber objetivo de cuidado que recae sobre aquellos deberes que son consustanciales a la función, se presenta cuando la persona no cumple a cabalidad aquello que es de la esencia de la función.
- **Desatención elemental:** Cuando el servidor público no realiza lo que resulta obvio, lo que es común que otra persona hiciera.
- **Violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento:** Es el desconocimiento de una norma imperativa y vigente.
 - **Grave:** Inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones.
 - **Leve:** Falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. La culpa leve no es punible en materia disciplinaria.

Para efectos de la conducta típica estudiada observamos que la culpabilidad que se exige podría ser a título de dolo o culpa por estar ubicada dentro del artículo 48 del CDU el cual consagra las faltas disciplinarias gravísimas.

5.3. Ilícitud sustancial

Este requisito es consagrado a nivel legal dentro del mismo cuerpo del Código Disciplinario Único como principio rector en su artículo 5º el cual establece que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

En este punto tenemos que entrar a precisar qué es el deber funcional; el cual en primer lugar observamos surge de las relaciones especiales de sujeción, en este caso en la especial relación de sujeción en que se encuentra el servidor público y el que se concreta en la obligación de cumplir con la función que le fue encomendada al funcionario cuando se posesionó en el cargo para el cual fue nombrado mediante acto administrativo.

En el libro Justicia Disciplinaria de Ordóñez Maldonado sobre el concepto de deber funcional se afirma lo siguiente:

“Armonizando esta norma con el artículo 23 del Código Disciplinario Único, el deber funcional abarca el cumplimiento de los deberes propiamente dichos; la no extralimitación de los derechos y funciones; el respeto por las prohibiciones y por el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses consagrados en el ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo funcional, como condición inherente al deber la Procuraduría General de la Nación ha sostenido:

(...) El derecho disciplinario ha sido concebido para escudriñar la conducta de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones públicas con el fin de verificar el debido acatamiento de las funciones que se la han encomendado, es por ello, que cualquier

comportamiento que no se encuadre dentro de estos parámetros, no puede ser objeto del derecho disciplinario" (A. Ordóñez, pág. 28)

Sin embargo debemos precisar que el derecho disciplinario no debe tutelar los deberes por los deberes mismos, es decir a pesar de que haya el quebrantamiento de un deber, el operador disciplinario debe analizar el daño que se le causó con ese comportamiento a la función pública. En este sentido Ordóñez agrega: "...Aun cuando la conducta se encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponda a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, ello no puede ser objeto de la imposición de una sanción disciplinaria, porque se constituiría en responsabilidad objetiva, al aplicarse medidas sancionatorias, sin que exista una verdadera y justa razón de ser" (A. Ordóñez p. 26.)

La ilicitud sustancial en derecho disciplinario debemos entenderla como la antijuridicidad sustancial del comportamiento, de tal forma que la ilicitud disciplinaria es la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, tales como: la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia, consagrados en el artículo 22 del estatuto disciplinario.

6. Análisis de los fallos disciplinarios emitidos por la Procuraduría General de la Nación en los que se involucra esta causal disciplinaria.

Podemos afirmar a partir del estudio de los siguientes fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación que la causal anotada es de baja utilización por parte del operador disciplinario, y en los casos en que se aplica no se analiza con rigurosidad el cumplimiento de los requisitos que exige la ley para su configuración.

Esta indagación se hace a partir del sistema de registro de sanciones en el órgano rector en materia disciplinaria, la Procuraduría General de la Nación, en búsquedas realizadas en la página www.procuraduria.gov.co, relatoría, consulta de fallos, conceptos y demás providencias, búsqueda en el tesoro (índice alfabético descriptor-restrictor) búsqueda por los conceptos: **Contrato de prestación de servicios o nómina paralela**, fallos disciplinarios en segunda instancia producidos por diferentes dependencias de la Procuraduría, de lo cual se obtiene la siguiente información, la que configura el precedente administrativo en materia de fallos disciplinarios:

6.1. Fallo disciplinario apelación de fallo Rad 161-3575 vs Gerente de INFIBAGUE Luis Fernando Valencia Hoyos.

Haciendo una síntesis de los hechos objeto del examen jurisdiccional tenemos que la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de la competencia otorgada en el numeral 1º del artículo 22 del

Decreto 262 del 2000, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el disciplinado LUIS FERNANDO VALENCIA HOYOS, revisa la decisión adoptada mediante providencia del 30 de marzo de 2007 por el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, mediante la cual sancionó al implicado con destitución del cargo de Gerente General de Infibagué y accesoria de inhabilidad general para ejercer cargos públicos durante doce (12) años. Para el presente análisis se estudia el cuestionamiento al disciplinado de haber incurrido en la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al suscribir las órdenes y contratos de prestación de servicios descritos en el pliego de cargos, con el objeto de realizar funciones administrativas de la entidad (73 personas), cuando la planta de personal estaba conformada por 20 personas, y de las 73 contratadas, 53 contratistas realizaban actividades de tipo administrativo con subordinación de los jefes de la dependencia donde cumplían los servicios, dedicación de tiempo completo, cumpliendo el horario asignado a los funcionarios de planta y ausencia de autonomía para ejercer las labores contratadas, en lugar de adecuar la nómina a las necesidades reales.

Como problema jurídico planteado tenemos: ¿Se configura la falta disciplinaria consagrada en el núm. 29 del art. 48 de la Ley 734 cuando se vincula por prestación de servicios un número muy superior al de los funcionarios de planta, con el objeto de realizar funciones administrativas, con subordinación dedicación de tiempo completo y cumpliendo horario?

Finalmente la Sala Disciplinaria decide: Se desvirtúa este cargo por los siguientes argumentos:

No se trataba de funciones públicas o administrativas, sino de funciones que contribuyen al funcionamiento de la entidad. (Actividades de orden operativo y administrativas).

En este fallo disciplinario observamos que la PGN identifica otras actividades en los contratos de prestación de servicios diferentes a funciones administrativas o función pública, al precisar que estos contratos pueden concretarse en funciones que contribuyen al funcionamiento de la entidad.

Igualmente frente a este tipo disciplinario precisa las siguientes situaciones en cuanto a la celebración de contratos de prestación de servicios con cooperativas: No prospera el cargo porque el vínculo jurídico debe ser con una persona natural y no jurídica, este es un elemento descriptor de la conducta núm. 29 art. 48. Concluye sosteniendo que con cooperativas no se puede hablar de contratistas sino de cooperados.

En conclusión podemos observar que la Sala Disciplinaria al revisar el fallo proferido por la Procuraduría Delegada plantea que no se cumple con los elementos del tipo disciplinario para la configuración de la falta.

Finalmente y como crítica al análisis jurídico de este fallo, observamos que en el planteamiento de este problema jurídico la Procuraduría concreta el punto en dilucidar si se configura la falta disciplinaria cuando se vincula por

prestación de servicios a un número de personas mayor a los funcionarios que están en planta, sin embargo, culmina el análisis de la providencia y no da respuesta a la pregunta del problema jurídico.

6.2. Fallo disciplinario segunda instancia Rad 046 2286 2006 vs Alcalde del municipio de Regidor (Bolívar), Heriberto Urrego.

En este fallo de la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría 1ª Delegada para la Contratación Estatal se sanciona disciplinariamente al alcalde del municipio de Regidor (Bolívar) por celebrar contrato de prestación de servicios con una persona para dirigir la Unidades Municipales de Asistencia Técnica, UMATA, del municipio.

Como problema jurídico tenemos: ¿Se configura la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del art. 48 de la Ley 734 cuando se vincula por prestación de servicios a una persona para que atienda las funciones de la UMATA?

La Procuraduría Delegada desvirtúa este cargo por los siguientes argumentos: No se probó que fueran funciones públicas o administrativas, sino de funciones que contribuyen al funcionamiento de la entidad. (Actividades de orden operativo y administrativas).

En este fallo se sustenta que no se cumplió función pública ni función administrativa. Se precisa que para que se configuré el cumplimiento de

función administrativa por un particular contratista se debe dar cumplimiento a lo estipulado en los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, es decir esta asignación de funciones administrativas deben realizarse a través de convenio o contrato.

En cuanto al concepto de subordinación se sostiene que este concepto ha evolucionado por la jurisprudencia al ser tratado como actividades de coordinación entre la entidad y el contratista, y que bien puede por los usos generalmente aceptados, hacer cumplir un horario, lo cual a la larga permite que la entidad le exija el cumplimiento de horario al contratista.

Consideramos que en este fallo se observa una debilidad en el análisis, pues no se concreta qué es función pública y qué administrativa, y cuáles son sus diferencias; pues para este caso por tratarse de la dirección de una dependencia que en el nivel municipal desarrolla políticas públicas del Gobierno, queda la duda sobre la naturaleza de la función. Sin embargo, nuevamente como en el análisis anterior, se sostiene que no son funciones públicas ni administrativas las desempeñadas por el contratista que atendió las funciones de la UMATA y por lo tanto no se dan los requisitos configuradores del tipo disciplinario.

6.3. Fallo disciplinario segunda instancia Rad IUS-2010-21307 vs Gerente ESE Neiva Humberto Eduardo Gómez.

La Procuraduría General de la Nación a través de su Procuraduría 1ª Delegada para la Contratación Estatal resuelve el recurso de apelación contra el fallo absolutorio proferido a favor del gerente de la ESE de Neiva, emitido por la Procuraduría Regional del Huila.

La queja disciplinaria le reprocha al gerente de la ESE el haber celebrado contrato de prestación de servicios con el economista ARIEL FERNANDO TOVAR, con el objeto de prestar sus servicios como asesor administrativo en el área de gerencia del hospital en temas cuyos objetos se refieren al cumplimiento de funciones públicas o administrativas, actividades que requieren dedicación de tiempo completo y que presuntamente han implicado subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

Como problema jurídico tenemos: ¿Se configura la falta disciplinaria consagrada en el núm. 29 del art. 48 de la Ley 734 cuando se vincula por prestación de servicios a una persona para que preste sus servicios como asesor administrativo del área de gerencia del hospital?

Finalmente la Delegada confirma el fallo de la Procuraduría Regional del Huila con base en los siguientes argumentos:

1. Se demostró que las funciones desarrolladas por el señor Tovar son actividades relacionadas con el funcionamiento del Hospital Universitario de NEIVA, y que no existen en ellas el ejercicio de actos inherentes a la autoridad del Estado como el señalamiento de conductas, el ejercicio

de la coerción ni la toma de decisiones unilaterales, es decir, la labor ejecutada por el contratista no corresponde a función pública.

2. Tampoco se demostró que existiera subordinación del contratista dado que no cumplía horario y su labor la ejercía con cada uno de los subgerentes o jefes que tenían que ver con el plan de desarrollo.

En conclusión se observa que el juez de segunda instancia concluye que no se dan los requisitos del tipo disciplinario para configurar la falta.

6.4. Fallo disciplinario segunda instancia Rad 085-10109-1999 vs Director Ejecutivo COLDEPORTES Nariño, Rosendo Antonio Ruíz.

Dentro de este fallo disciplinario proferido por la Procuraduría 1ª Delegada para la Contratación Estatal, se analiza la conducta del gerente de COLDEPORTES Nariño a quien se le reprocha el haber celebrado contrato de prestación de servicios con varias personas para el cumplimiento de funciones de la entidad diferentes a las consagradas en el contrato, funciones que podían ser desempeñadas por el personal de planta y de forma atemporal.

Problema jurídico planteado: ¿Se configura la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del art. 48 de la Ley 734 cuando se vincula por prestación de servicios una o varias personas para que presten sus servicios en objetos contractuales diferentes a las establecidas en el contrato, cuando eran

funciones que podían ser desempeñadas por el personal de planta, y por dos años consecutivos?

La Procuraduría Delegada toma como decisión confirmar el fallo proferido por la Procuraduría Regional Nariño en la cual se condena con multa de \$1.758.954 al Director Ejecutivo de COLDEPORTES.

A pesar de que en este fallo se condena al disciplinado, observamos graves falencias en la providencia para la estructuración de la responsabilidad, de tal forma que podemos sostener que el juez A quo no hizo el análisis de los elementos del tipo disciplinario, de hecho no se precisa si:

- Se estaba en presencia del cumplimiento de función pública o administrativa de conformidad con los requisitos que exige la Ley 489.
- Se asume la atemporalidad de los contratos, y que por lo tanto lo que se ha configurado es una nómina paralela.
- Se enfoca en precisar que los contratistas cumplieron otras funciones diferentes a las establecidas en el contrato, lo cual puede configurar otro tipo de responsabilidad, pero no la consagrada en este tipo disciplinario.
- Se centró en el análisis del cumplimiento del horario por parte de los contratistas, sin embargo no tuvo en cuenta que las funciones eran de apoyo a la gestión y por lo tanto podían estar coordinados con las labores de la entidad.

- Cuestiona el cambio de rubros presupuestales para pagar los honorarios de los contratistas, lo cual puede dar lugar a una infracción por violación al régimen presupuestal, pero no al tipo consagrado en el numeral 29 del artículo 48 del CDU.

6.5. Fallo disciplinario segunda instancia Rad 085-11090-02 vs Contralor Municipal Pasto (Nariño) Hermes Montero Rosero de 10 de noviembre de 2003.

En este fallo, la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública confirmó el fallo sancionatorio proferido en fallo de 1ª instancia por la Procuraduría Regional de Nariño en contra del Contralor Municipal de Pasto por configurar una planta paralela al contratar mediante contratos de prestación de servicios durante los meses de junio y julio de 2002, existiendo funcionarios que podían ocuparse de las labores contratadas, y al haber realizado movimientos de carácter presupuestal afectando el rubro de sueldos de los servidores de la entidad. Igualmente hizo contrataciones para reemplazar a funcionarios que se encontraban en vacaciones lo que implica que se asignaron labores que tienen el carácter de permanentes.

Problema jurídico planteado: ¿Se configura la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del art. 48 de la Ley 734 cuando se vincula por prestación de servicios a 15 personas a pesar que de que había personal en la entidad para

adelantar estas tareas, y que se hicieron movimientos de carácter presupuestal para pagar sus honorarios?

La Procuraduría Delegada toma como decisión confirmar el fallo proferido por la Procuraduría Regional Nariño en la cual se condena con destitución e inhabilidad general de 10 años.

A pesar de que en este fallo se condena al disciplinado, consideramos que no se hace un análisis detenido para la configuración de la falta disciplinaria por los siguientes motivos:

- No se analiza detenidamente el cumplimiento de función pública, pues no todos los contratos realizan función de auditoría. Tampoco se analiza si la labor de auditoría se constituye en función pública, pues estas labores son de apoyo a la entidad, dada la falta de personal; y no se precisa si emiten conceptos, órdenes o directrices, pues en la práctica solamente rinden un informe.
- A pesar de que se nombra en el escrito, no se hace relación a los requisitos que exige la Ley 489 de 1998 para el cumplimiento de función pública.
- De las declaraciones recepcionadas a los funcionarios de la contraloría se observa que no presentaban informes ni estaban sujetos a horarios, esta prueba es desechada y se asume la subordinación del servicio.

- Cuestiona la modificación del presupuesto de la entidad para pagar los honorarios de los contratistas, lo cual puede dar lugar a una infracción por violación al régimen presupuestal, pero no al tipo del numeral 29.

7. Estadísticas, análisis de encuestas.

Como se observa del análisis de los anteriores fallos disciplinarios, en 3 de ellos, no se pudo dar configuración a la falta disciplinaria puesto que no se cumplieron con los requisitos de demostrar que la función desempeñada por los contratistas fueran de función pública o de función administrativa, y en los números 4 y 5 no se precisó el cumplimiento de los requisitos del tipo disciplinario, pues el operador disciplinario se empeñó en demostrar una supuesta nómina paralela, sin explicitar los requisitos que exige la ley 489 de 1998 que se deben integrar a los del numeral 29 del art. 48 para configurar el tipo disciplinario.

7.1. Espectro de análisis de la información

La información relativa a los fallos disciplinarios anteriormente analizados ha sido tomada a partir de la búsqueda de información en la página www.procuraduria.gov.co, relatoría, consulta de fallos, conceptos y demás providencias, búsqueda en el tesoro (índice alfabético descriptor-restrictor) búsqueda por los conceptos: Contrato de prestación de servicios o nómina paralela, fallos disciplinarios en segunda instancia producidos por las dependencias con competencias disciplinarias de la Procuraduría General de

la Nación. La selección de estos fallos se ha hecho de forma aleatoria sobre los documentos subidos al sistema de información que contienen los fallos disciplinarios.

7.2. Análisis de precedente administrativo (Fichas)

Para el análisis de los fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación se ha hecho uso de una ficha de análisis de fallos disciplinarios para cada fallo, en donde se indaga por los hechos relevantes del caso, el problema jurídico y las decisiones de instancia. (Estas fichas se incluyen en el Anexo No. 3 de este documento).

7.3. Técnica.

Entrevista semiestructurada guiada a través de formulario.

7.4. Diseño. Formato de entrevista. Cuestionario.

Diseño: Para elaborar el formulario de entrevista se precisó el objetivo de la entrevista y el destino de la información, así como la exoneración de responsabilidad acerca de la información suministrada. A continuación se formularon las preguntas indagando por la experiencia que el operador disciplinario ha tenido con esta causal.

El formulario de entrevista constituye el Anexo No. 1 de este documento.

7.5. Población objeto. Entorno. Intervenciones.

- Población: La muestra sobre la cual se ha aplicado la entrevista recae sobre funcionarios con competencias disciplinarias pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación en el nivel central y en el territorial. Adicionalmente se ha aplicado con varios personeros municipales, por poseer éstos funciones disciplinarias y con funcionarios de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de algunas entidades.
- Entorno: Servidores públicos del Ministerio Público del nivel central y territorial y Oficinas de Control Interno Disciplinario.
- Intervenciones: Entrevista personal y cuestionario enviado por email para ser diligenciado por el operador disciplinario.

7.6. Matriz de Análisis de la información.

- En el anexo No. 2 a este documento, se presenta la matriz de tabulación de las entrevistas. Los datos han sido analizados agrupados por coincidencia en las respuestas. Frente a las preguntas abiertas se ha tratado de agrupar por coincidencia temática.

Del análisis de la aplicación de las anteriores entrevistas entre funcionarios que se desempeñan como operadores disciplinarios podemos concluir lo siguiente:

- **Pregunta 1:** Ha conocido una investigación disciplinaria por esta causal?

- De todos los entrevistados solamente 2 han conocido, y uno de ellos ordenó el archivo.
- **Pregunta 2:** Cual ha sido su trámite?
- En 2 casos se dio inicio a la indagación preliminar.
- **Pregunta 3:**
- Ha proferido o proyectado un fallo por esta causal? En ningún caso se ha proferido fallo.
- **Pregunta 4:** La causal del numeral 29 del art. 48 del CDU fue concebida para luchar contra la proliferación de las nóminas paralelas y evitar las altas demandas contra el Estado. Considera Ud. Que esta finalidad se ha logrado?
- Consideran que esta finalidad no se ha logrado. Afirman que la práctica de las nóminas paralelas es común en las administraciones. La modalidad se encubre bajo otras formas de contratación. No se presentan quejas por esta causal.
- **Pregunta 5:** ¿Como operador disciplinario, qué opinión le merece la tipificación de esta causal disciplinaria?
- Que es inoperante. Se afirma que es difícil la tipificación de esta causal. Otros sostienen que aunque es clara la consagración típica de la falta, faltan herramientas para detectarla en las entidades. Una de las modalidades más frecuentes es que las entidades contratan por 2 o 3 meses y luego dejan transcurrir aproximadamente 15 días para volver a

contratar a los mismos, y de esta forma evitar la continuidad de la relación laboral.

8. Diversas modalidades del contrato de prestación de servicios que contempla la legislación.

La dificultad que se presenta a la hora de delimitar las prestaciones en el contrato de prestación de servicios, nos lleva a determinar cada contrato de acuerdo a las nominaciones que de él trae la Ley. Benavides al referirse a este tipo de contratos afirma: “La amplitud de las prestaciones del objeto contractual genera fronteras difusas con otros tipos de contratos, y los vínculos del objeto contractual con las funciones administrativas esenciales de la entidad contratante se muestran ambivalentes” (2010 p. 85).

Por tal razón y con la finalidad de tener una visión completa de las diversas modalidades del contrato de prestación de servicios que hoy contempla la legislación nos permitimos hacer el siguiente recuento.

En primer lugar hay que observar que la Ley 80 de 1993 consagró en su artículo 32 numeral 3° el contrato de prestación de servicios así:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con

personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

Con relación a esta norma vale comentar que ya desde su promulgación en el año 1993 la ley disponía que bajo ninguna circunstancia este tipo de contratos debía generar relación laboral, y que adicionalmente no podía ser indefinidos en el tiempo, es decir, precisando que se debían ceñir al termino estrictamente indispensable para evacuar la labor encomendada.

Por su parte la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2 numeral 4 literal h consagró como contrato de prestación de servicios los que se celebran:

"Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales".

El Decreto 1082 de 2015 "Por medio del cual se expidió el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional", recogió lo establecido en el Decreto 1510 de 2013, que reglamentaba el sistema de compras y contratación públicas; y en su artículo 2.2.1.2.1.4.9. reglamentó el contrato de prestación de servicios profesionales así:

"Artículo 2.2.1.2.1.4.9. *Contratos de prestación de servicios profesionales y*

de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos".
(Decreto 1510 de 2013, artículo 81)

De forma tal que analizadas las leyes que regulan la contratación estatal así como sus decretos reglamentarios, hoy tenemos las siguientes modalidades del contrato de prestación de servicios:

1. Contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración. (Ley 80 art. 32 núm. 3)
2. Contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad. (Ley 80 art. 32 núm. 3)
3. Contrato de prestación de servicios profesionales. Según el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015 los contratos de prestación de servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal.
4. Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión. Según el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015 los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal. Según el Concepto DNP No. PRAP-CP-20118010153521 del 10 de marzo de 2011 en relación con este contrato dijo:

“Con relación al derogado Decreto 4266 de 12 de noviembre de 2010: los servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades de carácter manual o de simple ejecución, que con carácter ocasional y para atender fines específicos contrata la entidad con personas no profesionales, ni comerciantes en el caso de las actividades asistenciales, lo que implica que no puedan

contratarse actividades recurrentes ni que impliquen intermediación laboral”.

Con relación a esta modalidad de contratos el Consejo de Estado en auto de 13 de octubre de 2011 radicación 41719, Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sostuvo:

“... Obsérvese que los contratos de prestación de servicios de “apoyo a la gestión” conforme se deduce del análisis a la ley de contratación pública, son todos los demás contratos de prestación de servicios permitidos por el artículo 32 numeral 3º. de la Ley 80 de 1993 que no correspondan a los profesionales, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad apoyo, acompañamiento, o soporte, de lo cual se puede deducir que caben actividades no propiamente intelectuales sino más bien caracterizadas por la acción material del contratista, en donde no es que el contratista no piense, sino que lo predominante de su actividad es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma...”

5. Contrato de prestación de servicios artísticos. De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de unificación de 2 de diciembre de 2013, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 41719 se define este tipo de contrato así:

“Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocida como realizador o productor de arte o trabajos artísticos”.

6. Contrato de prestación de servicios logísticos. Logística es hoy lo que antes se conocía como distribución. La logística comercial moderna generalmente involucra estos tres elementos: almacenamiento, distribución e informática. Esto suele implicar la contratación de terceros y la automatización de los procesos. Por otro lado, la logística (del inglés logistics) es definida por la RAE como el conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio.

7. Contrato de prestación de servicios asistenciales. Son las que asisten a otras actividades o tareas principales, como por ejemplo: Asistentes, secretarias, auxiliares, etc.
8. Contrato de prestación de servicios operativos. Son las que requieren de habilidades manuales de atención y rapidez y/o de ciertos conocimientos específicos previos adquiridos por experiencia laboral y/o capacitación previa específica.

Vale precisar que a pesar que la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 2 de diciembre de 2013 Radicación 41719 agrupó dentro de los contratos de prestación de servicios de apoyo logístico las categorías de las actividades operativas, logísticas o asistenciales, para efectos de nuestro análisis, y dado que el operador disciplinario tiene que configurar el tipo disciplinario a partir de la identificación precisa de la modalidad de contrato de prestación de servicios que se está analizando, hemos separado y detallado todas las categorías de contratos de prestación de servicios que actualmente contempla nuestra legislación.

8.1. Síntesis de los elementos configuradores del tipo disciplinario.

Si hacemos una síntesis de los elementos que se requieren hoy en día para configurar el tipo disciplinario consagrado en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734, tenemos los siguientes:

1. Existencia de un contrato de prestación de servicios.

2. Prestación personal del servicio (art. 23 Código Sustantivo del Trabajo).
3. Que sea atemporal (Creación jurisprudencial) Sent. C-614 de 2009.
4. Salario o remuneración (art. 23 Código Sustantivo del Trabajo).
5. Que implique subordinación o ausencia de autonomía. (art. 23 Código Sustantivo del Trabajo).
6. Que requiera dedicación de tiempo completo. (Elemento constitutivo del tipo disciplinario)
7. Que atribuya el cumplimiento de función pública (Elemento constitutivo del tipo disciplinario con precisión jurisprudencial).
8. Que atribuya el cumplimiento de función administrativa (Elemento constitutivo del tipo disciplinario con precisión jurisprudencial).
9. Que no se trate de una excepción legal (Elemento constitutivo del tipo disciplinario).

Ahora bien, con el ánimo de facilitar la visualización de los requisitos que se exigen para la configuración del tipo disciplinario, hemos diseñado la siguiente matriz, en la cual se cruzan las variables de los elementos configuradores del tipo disciplinario frente a cada una de las modalidades de contrato de

prestación de servicios que hoy en día se dan en la administración pública, por lo cual se presenta la siguiente tabla de probabilidades:

TABLA No. 1
MATRIZ DE PROBABILIDAD DE CONFIGURACIÓN DEL TIPO DISCIPLINARIO
NUM. 29 ART. 48 LEY 734.

Clase Contrato de prestación servicios	Prestación personal (p. natural)	Salario	Subordinación	Autonomía	Dedicación tiempo completo	Cumplimiento de función pública	Cumplimiento de función administrativa	Que sea temporal	Grado de riesgo
1. Cumplimiento de actividades de admón.	SI	SI	SI	NO	SI	SI/NO	SI/NO	SI/NO	BAJO
2. Cumplimiento de actividades funcionamiento.	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	SI/NO	BAJO
3. Profesional	SI	SI	NO	SI	SI/NO	SI/NO	SI/NO	SI/NO	MEDIO
4. Apoyo a la gestión.	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	SI/NO	BAJO
5. Artístico	SI	SI	NO	SI	NO	NO	NO	SI/NO	BAJO
6. Servicios logísticos	SI	SI	NO	NO	SI/NO	NO	NO	SI/NO	BAJO
7. servicios asistenciales	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	SI/NO	BAJO
8. Servicios operativos.	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	SI/NO	BAJO

Del análisis de la anterior gráfica se concluye que en todas las modalidades de contrato de prestación de servicios, excepto el de servicios profesionales, la probabilidad de ocurrencia de la falta disciplinaria analizada es baja.

Para el caso del contrato de prestación de servicios profesionales se observa que es el único caso en que se refleja la posibilidad de que se configure la falta en grado de riesgo Medio. En efecto, del análisis de la matriz podemos concluir que:

- Exige prestación personal del servicio
- Se retribuye la labor con un salario
- No debe presentar subordinación
- Se debe respetar la autonomía que dá el conocimiento de una determinada área del ejercicio profesional.
- No debe generar dedicación de tiempo completo dada la naturaleza de la labor que preponderantemente es intelectual.
- Si se asigna cumplimiento de función pública debe cumplirse con lo establecido por la Ley 489 de 1998 en los artículos 110 y 111, situación que es compleja dados los requisitos que esta normatividad exige.
- Si se asigna cumplimiento de función administrativa debe cumplirse con lo establecido por la Ley 489 de 1998 en los artículos 110 y 111,

situación que es compleja dados los requisitos que esta normatividad exige.

- Que no se prolongue en el tiempo, es decir que sea temporal.

Para el caso del contratista de prestación de servicios profesionales podría darse el caso de que se preste el servicio sin autonomía, que haya subordinación o que se le exija el cumplimiento de horario, pero para la atribución de función pública o administrativa se debe precisar lo siguiente:

Función pública: que se le otorgue la facultad de ordenar conductas, expedir actos unilaterales o ejercer poderes coercitivos, todo lo cual debe estar atribuido por la ley, convenio o contrato de conformidad con la Ley 1474 de 2011 en su artículo 48.

Función administrativa: se debe cumplir con los requisitos señalados en la ley 489 de 1998 artículos 110 y 111 en el sentido que para la atribución de función administrativa debe existir previamente acto administrativo o convenio que otorgue esa función a más de los requisitos que exige la normatividad citada.

Estas dos situaciones en la práctica no son comunes, ya que implicaría que para la suscripción de un contrato de prestación de servicios, previamente o por lo menos en forma concomitante tendría que celebrarse convenio o contrato asignando dichas funciones al contratista de prestación de servicios, situación que ubicaría al contrato de prestación de servicios como un contrato

accesorio, ya que el principal sería el convenio o contrato que otorgaría la función administrativa.

9. Causas

Dentro de las posibles causas que se presentan para que esta causal sea de difícil configuración por parte del operador disciplinario creemos que una de ellas se fundamenta en la reunión de los requisitos objetivos que se requieren para la configuración de la falta disciplinaria, pues son circunstancias que comúnmente no se dan dentro de la celebración de los contratos de prestación de servicios. Esta situación se produce claramente a partir de 3 conceptos: El cumplimiento de horario; los conceptos de función pública y administrativa, y las nuevas figuras contractuales en la modalidad de los contratos de prestación de servicios.

Adicionalmente con las precisiones que la jurisprudencia ha establecido para la aplicación de estos requisitos, *verbi gratia*: el cumplimiento de horario, hacen que las exigencias sean muy altas para la configuración de esta causal.

También la modificación realizada al régimen disciplinario de los particulares por la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción en su artículo 48 al fusionar en una sola definición los conceptos de función pública y función administrativa, han contribuido a crear confusión en la aplicación de esta causal.

Otra de las causas que relatan los entrevistados es que la figura se disimula al permitir que el contrato de prestación de servicios termine y dejar que transcurra un tiempo prudencial que generalmente es de 15 días, para volver a contratar a la misma persona. Con esta práctica lo que se pretende es desvirtuar la continuidad laboral y el contrato de trabajo.

Los operadores también señalan que al ser una causal poco conocida, en las quejas disciplinarias que se interponen no se invoca como falta disciplinaria.

Por otro lado, el reciente contexto establecido por las nuevas figuras contractuales específicamente en punto de las modalidades de contratos de prestación de servicios creados por la legislación, los cuales presentan unos requisitos especiales dependiendo del tipo de contrato de prestación de servicios de que se trate, han generado mayor dificultad para la aplicación del tipo disciplinario.

10. Consecuencias.

Como consecuencia de la dificultad para la aplicación de esta causal se destaca que hoy en día siguen proliferando las nóminas paralelas como una de las formas que utilizan las entidades para suplir el personal y que en algunos casos es aprovechada por los administradores como una vía para poder cumplir con las cuotas burocráticas de quienes los apoyaron en las campañas políticas.

También se observa que hoy en día a la mayoría de los contratistas de prestación de servicios se les exige el cumplimiento de horario pues; con excepción del contrato de prestación de servicios profesionales, a los demás con la idea de que tienen que coordinar sus tareas con las labores de la entidad, se les exige el cumplimiento de horario.

Igualmente, el contratista de prestación de servicios, con excepción del de servicios profesionales, no cuenta con autonomía para el desempeño del objeto del contrato, pues se encuentra bajo las directrices y procedimientos de la entidad contratante; todas estas condiciones que fueron las que el legislador al expedir el Código Disciplinario Único quiso evitar.

La situación de temporalidad se constituye en una fuente de incertidumbre para el contratista quien no sabe si al finalizar su contrato podrá seguir contando con esa fuente laboral, así mismo el hecho de tener que asumir de su salario el pago de los aportes de pensión, salud, riesgos profesionales y parafiscales contribuye a la precarización de las condiciones en que el contratista cumple con el contrato de prestación de servicios

Adicionalmente, se observa que la causal disciplinaria analizada, en la actualidad no es efectiva para evitar la proliferación de las nóminas paralelas en el Estado, puesto que las tendencias dentro del mundo de la administración actual es sobrecargar a las entidades públicas de funciones con miras a dar vigencia al modelo de Estado adoptado en cada caso; para nuestra realidad

la del Estado Social de Derecho; el cual debe responder por la procura existencial de sus asociados, continuando con los mismos recursos humanos y de infraestructura, no quedando otra vía, que la de buscar el apoyo para todas estas funciones a partir de los contratistas de prestación de servicios.

En vista de lo anterior, el legislador ha querido dotar de herramientas de manejo de personal a la administración con miras a permitir a la administración vincular personal por un tiempo determinado y con el objetivo de solucionar situaciones coyunturales. Para ello se concibió el mecanismo de las **plantas temporales de personal**, las cuales según las voces de la Ley 909 de 2004 en su artículo 21, se podrán crear siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Lo anteriormente expuesto se constituye en una dificultad de orden material para poder cumplir con los requisitos señalados en el tipo disciplinario

consagrado en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y así poder configurar esta falta disciplinaria.

CAPÍTULO III

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE CONTROL DISCIPLINARIO PARA SANCIONAR LA CONDUCTA DESCRITA EN EL NUMERAL 29 DEL ARTÍCULO 48 DEL CODIGO DISCIPLINARIO ÚNICO

1. La conducta en concreto

Recordemos la conducta. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Si entendemos la palabra síntoma como un fenómeno revelador de una enfermedad, observamos frente a esta causal disciplinaria; luego de realizada la presente investigación, los síntomas de su baja efectividad, la cuales se revelan en la dificultad que tienen los operadores disciplinarios para poder aplicarla, su poco uso en las quejas disciplinarias que se invocan ante los organismos de control, la casi total ausencia de fallos disciplinarios por esta causal y su falta de efectividad en el control de las nóminas paralelas, por lo cual podemos afirmar que es una falta disciplinaria que no cumple con el objetivo y finalidad para la que fue consagrada.

A esta conclusión se llega luego de la indagación sobre fallos disciplinarios en el sistema de registro de sanciones de la Procuraduría General de la Nación; de las entrevistas personales y virtuales realizadas a operadores disciplinarios

tanto del Ministerio Público como de las Oficinas de Control Interno Disciplinario; del análisis de las diversas modalidades que del contrato de prestación de servicios se presentan en la realidad administrativa actual y del análisis de los requisitos objetivos para la configuración de la falta disciplinaria.

Por demás, continúan las demandas contenciosas de personas que aspiran que a partir de un contrato de prestación de servicios puedan configurar el contrato laboral y les sean reconocidos sus derechos.

Por otra parte, si hacemos un recuento de los requisitos objetivos para la configuración del tipo disciplinario del numeral 29 del artículo 48 del CDU que se hizo a partir del análisis realizado en la matriz de probabilidad de configuración tomando en cuenta las diversas modalidades de contratos de prestación de servicios, se observa que el que mayor probabilidad tendría de configurarse es el de prestación de servicios profesionales, y que aun así su probabilidad de ocurrencia es muy baja. Con relación a este contrato; sin embargo, los requisitos que se exigen son complejos, como lo anotamos a continuación.

En efecto, podría darse el caso de que se preste el servicio sin autonomía, que haya subordinación o que se le exija el cumplimiento de horario, pero para la atribución de función pública o administrativa se debe precisar lo siguiente:

1.1. Para el ejercicio de Función pública

Al contratista de prestación de servicios se le debe otorgar la facultad de ordenar conductas, expedir actos unilaterales o ejercer poderes coercitivos, todo lo cual debe estar atribuido por la ley, convenio o contrato de conformidad con la Ley 1474 de 2011 en su artículo 44. Adicionalmente vale analizar que de la modificación introducida por este artículo al artículo 53 de la Ley 734 de 2002 se puede concluir que hoy en día por el solo hecho de cumplir funciones administrativas, se entiende que cumplen funciones públicas, cayendo nuevamente en la confusión que se produjo cuando se expidió la norma del numeral 29 del art. 48 del Código Disciplinario Único de 2002, pues al definir lo que se debe entender como ejercicio de la función pública como: “aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado que permitan el cumplimiento de los cometidos estatales”, confunde nuevamente una situación que había sido decantada por los jueces. En otras palabras, lo que hace esta norma es equiparar función pública a función administrativa y a actividades propias de los órganos del Estado, pero adicionalmente, exige que las debe acreditar ordenando conductas, expidiendo actos unilaterales o ejerciendo poderes coercitivos.

1.2. Para el ejercicio de Función administrativa

Se debe cumplir con los requisitos señalados en la ley 489 de 1998 artículos 110 y 111 en el sentido que para la atribución de función administrativa debe existir previamente acto administrativo o convenio que otorgue esa función a más de los requisitos que exige la normatividad citada.

Estas dos situaciones en la práctica no se podrían presentar o por lo menos no son comunes, ya que implicaría que para la suscripción de un contrato de prestación de servicios, previamente o como mínimo en forma concomitante tendría que celebrarse convenio o contrato asignando dichas funciones al contratista de prestación de servicios, situación que ubicaría al contrato de prestación de servicios como un contrato accesorio, ya que el principal sería el convenio o contrato que otorgaría la función administrativa.

Por otro lado, como hemos demostrado en este trabajo, realizada la búsqueda en la página www.procuraduria.gov.co, relatoría, consulta de fallos, conceptos y demás providencias, búsqueda en el tesoro (índice alfabético descriptor-restrictor) búsqueda por los conceptos: Contrato de prestación de servicios, nómina paralela, contrato realidad, contrato laboral, entre otros; de los fallos disciplinarios en segunda instancia producidos por diferentes dependencias de la Procuraduría, se obtuvo la información analizada en el Capítulo II, en la cual se concluye la poca aplicabilidad por parte del operador disciplinario de esta causal.

2. Propuestas

2.1. Eliminación de la causal consagrada en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002

Del análisis de los fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación con base en la causal objeto de estudio en este trabajo, decisiones que configuran el precedente administrativo, podemos llegar a sugerir que la Procuraduría General de la Nación como ente rector en la aplicación del derecho disciplinario debería considerar la posibilidad de presentar una propuesta de reforma a la Ley 734 de 2002 en donde se eliminara esta causal, situación que contribuiría a fortalecer la seguridad jurídica en el sentido de disminuir el excesivo número de las causales que configuran las faltas disciplinarias gravísimas que hoy en día se consagran en 66 numerales y 5 párrafos plasmadas en el artículo 48 de la Ley 734.

2.2. Situación del contrato de prestación de servicios en el proyecto de reforma a la ley 80 de 1993

En el mes de agosto de 2016 el Gobierno Nacional a través de su Agencia para la Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente, ha presentado un proyecto de Ley que pretende derogar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública que rige el Sistema de Compra Pública.

Uno de los puntos novedosos del proyecto y que está directamente relacionado con la temática planteada en la presente monografía, es que **considera el contrato de prestación de servicios como una actividad que no es compra pública**, en tal sentido excluye de las actividades de abastecimiento de las entidades públicas el negocio jurídico constituido por los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión para actividades administrativas o misionales de las Entidades Estatales (Motivos del proyecto, II Propósito, B Campo de aplicación del proyecto).

Dentro de las motivaciones para hacer tal propuesta se aduce que:

*“Los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión para actividades administrativas o misionales de las Entidades Estatales son una forma de manejar las restricciones de la planta de personal de las Entidades Estatales. El criterio de selección de este personal de apoyo debe ser parte de la gestión de talento humano en las Entidades Estatales. Sin embargo, actualmente esta contratación hace parte del Sistema de Compra Pública, la modalidad de selección de estos contratistas es la contratación directa. **Lo que busca el proyecto es que la relación entre estas personas que prestan servicios de carácter permanente sea tratada desde la perspectiva del talento humano y no de la venta de servicios”.** (Subrayado fuera de texto).*

Finalmente se aduce que tratar la prestación de servicios de apoyo a la gestión que son permanentes como venta de servicios, distorsiona la

información del Sistema de Compra Pública, particularmente la de la contratación directa.

En definitiva, se sugiere que la regulación del contrato de prestación de servicios en el sector público sea eliminada del ordenamiento que regule los principios y reglas aplicables a los procesos de abastecimiento de bienes, obras y servicios de las Entidades Estatales, y que en su lugar se acuda por remisión al ordenamiento especializado del contrato de prestación de servicios, situación que consideramos hará más compleja la aplicación del tipo disciplinario analizado en este trabajo, pues requiere que el operador disciplinario tenga nociones de los elementos del ordenamiento laboral y del contrato de trabajo.

2.3. Mecanismos alternos para el manejo de las plantas paralelas y de la atemporalidad en la Ley 909 de 2004

La Ley 909 de 2012, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones; ha dotado a la administración de herramientas de manejo de personal que le permitan vincular personal por un tiempo determinado y con el objetivo de solucionar situaciones coyunturales. Para ello se concibió el mecanismo de las **plantas temporales de personal**, las cuales según las voces de la Ley 909 de 2004 en su artículo 21, se podrán crear siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Si se da el caso de que la planta de personal se vuelva indefinida por cuanto se necesita del personal de forma permanente para atender las necesidades sociales que se le demandan a la administración, se debe proceder a iniciar el procedimiento para la creación y ampliación de planta de personal aplicando los procedimientos determinados por la ley.

2.4. Mecanismos alternativos de control disciplinario para sancionar esta conducta cuando se presente en la administración

Dado que actualmente la misma Ley 80 en su artículo 32 numeral 3o. consagra los requisitos y condiciones para que se pueda llevar a cabo el contrato de prestación de servicios y que específicamente establece que: “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”; se puede sostener que el Código Disciplinario Único consagra otras causales disciplinarias que

permiten disuadir a los administradores públicos de no incurrir en esta falta. En efecto, si no se respeta la disposición consagrada en la Ley 80 se puede configurar la falta disciplinaria a partir del artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002:

“Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

*1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, **la leyes**, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”. (resaltado nuestro)*

También es claro que se puede acudir al artículo 35 numeral 1o de la Ley 734:

“Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

*1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, **las leyes**, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo”. (Resaltado nuestro).*

Vale agregar que para la configuración de los elementos que sustentan el contrato de trabajo, se debe acudir al análisis del ordenamiento especializado, esto es la legislación laboral contenida en el Código Sustantivo del Trabajo.

2.5. Propuesta de reforma al Código Disciplinario Único a partir del proyecto de Ley por medio del cual se adopta el Código General Disciplinario

En la actualidad hace tránsito en el Congreso de la República el proyecto de Ley presentado por la Procuraduría General de la Nación que pretende derogar la Ley 734 de 2002 y adoptar el Código General Disciplinario. Este proyecto fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 426 de 17 de junio de 2015, en el cual se incluye el texto definitivo aprobado en sesión plenaria al proyecto de Ley 195 de 2014 Cámara, 55 de 2014 Senado. Sin embargo frente al mismo, el Gobierno Nacional presentó objeciones por inconveniencia e inconstitucionalidad las cuales una vez resueltas han sido plasmadas en la Gaceta del Congreso No. 876 de 2015.

Mediante Gaceta número 665 de 2016 se establece como antecedentes los siguientes:

“El Congreso de la República, en virtud de su función legislativa, tramitó el Código General Disciplinario, conforme al Proyecto de ley número 195 de 2014,

55 de 2014 Senado, acumulado con el Proyecto de ley número 50 de 2014 Senado.

El Gobierno presentó ocho objeciones contra algunos artículos del texto conciliado así: cuatro (4) objeciones por inconstitucionalidad y cuatro (4) objeciones por inconveniencia.

El Congreso de la República rechazó dos (2) objeciones por inconstitucionalidad y dos (2) objeciones por inconveniencia, mientras que aceptó dos (2) objeciones por inconstitucionalidad y dos (2) objeciones por inconveniencia..."

Mediante Gaceta 998 del 20 de octubre de 2016 por medio de la cual se rehace el texto al proyecto de Ley 55 de 2014 Senado 195 del 2014 Cámara, se aclara que en el texto ajustado no están la totalidad de los artículos: 55, relacionado con el silencio administrativo positivo, 141 con la procedencia de la revocatoria directa, 251 sobre el término de la investigación disciplinaria y 253 acerca del reintegro del funcionario suspendido.

Mediante Gaceta 927 del 2 de noviembre de 2016 se incluyen los artículos anteriormente señalados dentro del texto definitivo del proyecto de Ley después de la revisión de inconstitucionalidad y de inconveniencia realizada por la Corte Constitucional.

Finalmente, dentro del texto del proyecto publicado en esta última Gaceta, las faltas disciplinarias gravísimas quedan consagradas en el Libro II Parte

Especial Título Único Descripción de las Faltas Disciplinarias en Particular, el cual frente al tipo disciplinario analizado en esta monografía dispone:

“Artículo 54. Faltas relacionadas con la Contratación Pública.

1. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.”

Como se observa frente a este proyecto de reforma al Código Disciplinario Único no hay modificación en cuanto a la redacción de la falta disciplinaria que se analiza en este trabajo razón por la cual no se hacen más comentarios frente al mismo.

2.6. Propuesta de plan de capacitación frente a la aplicabilidad de esta causal disciplinaria

Sin embargo, siendo conscientes frente a la realidad y los tiempos que una modificación legal conlleva, nos permitimos sugerir al órgano rector en materia disciplinaria la necesidad de generar una estrategia de sensibilización y capacitación frente a la aplicación y uso de esta causal, con miras a mejorar la investigación disciplinaria por la configuración de la misma, precisando su finalidad, aplicación en la realidad administrativa del Estado colombiano, y el recaudo probatorio necesario para tipificar la conducta. De esta forma,

alentamos a la Procuraduría General de la Nación, a las Personerías Municipales y a las Oficinas de Control Interno Disciplinario para que implementen planes de capacitación en torno a la finalidad y uso de esta causal disciplinaria. Para dicho fin se propone a partir del contenido de este trabajo, de las fuentes de información consultadas y de la bibliografía, elaborar un módulo de capacitación que sea desarrollado por la Unidad de Capacitación de la Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP), unidad que según las voces del Decreto 262 de 2000 por medio del cual se fija la estructura de la Procuraduría General de la Nación, en su artículo 50 determina que le corresponde asesorar al Procurador General de la Nación y a los funcionarios del Ministerio público, mediante el desarrollo de programas de capacitación orientados a mejorar la gestión administrativa y a promover el conocimiento y el respeto de los derechos consagrados en la Constitución Política, para capacitar a sus funcionarios en la operatividad de esta figura.

Igualmente, se presentará ante el Comité Editorial del IEMP el resultado de la investigación con la solicitud de que sea analizado y si lo consideran conveniente sea publicado en la colección editorial “Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal”, documento que permitirá la divulgación de la presente investigación.

CONCLUSIONES

1. La dificultad en la aplicación de la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así como su baja utilización por parte del operador disciplinario; como ha quedado evidenciado luego de la búsqueda e investigación sobre los fallos que aplican esta causal; nos llevan a concluir que es una causal de la cual se puede prescindir en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el hecho de que se requiera demostrar el cumplimiento de función pública o de función administrativa bajo las condiciones consagradas por la Ley 489 de 1998, la confusión y requisitos exigidos por la Ley 1474 para el cumplimiento de función pública o administrativa; la subordinación y ausencia de autonomía bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia; el análisis de las diversas tipologías de contratos de prestación de servicios que consagra la normatividad que regula la contratación estatal, hacen que esta causal sea poco atractiva a la hora de configurar la responsabilidad por parte del operador disciplinario.

En líneas atrás analizábamos como posibles causas de esta situación el hecho de que reunir tantos y tan complejos requisitos para poder tipificar la causal hacen que el funcionario encargado de administrar justicia disciplinaria no apele a esta falta, pues son requisitos que generalmente no se presentan en concurrencia dentro de los contratos de prestación de servicios.

Es así como cumplir los requisitos que señala la Ley y adicionalmente con las condiciones de cumplimiento que ha precisado la jurisprudencia específicamente en lo que se entiende por cumplimiento de horario y de subordinación, hacen que las exigencias sean muy altas y precisas para la configuración de la responsabilidad disciplinaria.

Adicionalmente, la redacción que trae el Estatuto Anticorrupción en su artículo 48 al fusionar en una sola definición los conceptos de función pública y función administrativa, no contribuyen a dar claridad y certeza en los conceptos que debe manejar quien deba aplicar de esta causal.

Por otro lado, una de las practicas de la administración empleadora es la de ocultar la relación laboral a suspender por un determinado tiempo la celebración del contrato de prestación de servicios, para volver a iniciar más adelante, muchas veces en detrimento del trabajador quien por necesidad y por congraciarse con el nominador sigue laborando así no cuente con el contrato y mucho menos con el salario.

2. La dispersión de normas que se deben integrar para poder dar vida a este tipo disciplinario hacen que todo atente contra la realización del mismo. Este fenómeno se conoce jurídicamente como tipo en blanco o norma de reenvío, y es el que se configura cuando la norma especifica la sanción disciplinaria pero no consagra integralmente los elementos del tipo disciplinario debido a que el legislador las consagra en otros ordenamientos jurídicos.

De tal forma que para poder concretar la tipicidad de esta conducta se tienen que consultar las siguientes normas: Ley 80 de 1993 Régimen de la contratación estatal en Colombia; Ley 489 de 1998 organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional; Ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción; Ley 1150 de 2007 medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80; Código Sustantivo del Trabajo subrogado por la Ley 50 de 1990; Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único; Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015.

Frente al concepto jurídico del tipo abierto en el derecho disciplinario la Corte Constitucional en Sentencia C-030 de 2012 ha dicho:

“El tipo abierto en derecho disciplinario hace referencia a aquellas infracciones que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.”

3. El ordenamiento jurídico colombiano consagra otras causales disciplinarias mediante las cuales se puede ejercer control a las nóminas paralelas y a la atemporalidad del contrato de prestación de servicios en el sector público tal como lo hemos explicado en este escrito. En efecto, la misma normatividad del Código Disciplinario Único consagra una serie de obligaciones que debe cumplir todo servidor público, es así como en su artículo 34 numeral 10 prescribe que son deberes de todo servidor público:

*“...Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, **las Leyes**... los contratos de trabajo...”*
(resaltado nuestro).

Por su parte el artículo 35 de este mismo ordenamiento señala las prohibiciones en el siguiente sentido:

*“A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contrenidas en la **Constitución**... las convenciones colectivas y los contratos de trabajo”.*
(Resaltado nuestro).

4. Igualmente, dentro del ordenamiento laboral administrativo, se ha concebido el mecanismo de las **plantas temporales de personal**, herramienta que permite vincular personal para que apoye labores temporales de las

entidades. En efecto, la Ley 909 de 2012, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” permite a la administración que se pueda vincular personal a través de la figura de Plantas Temporales de Personal por un tiempo preciso y determinado con el objetivo de atender proyectos o programas limitados en el tiempo los cuales no pueda realizar el personal de planta, o que se necesiten para suplir las necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, o para adelantar labores de consultoría o asesoría institucional que no superen los 12 meses y que guarden relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Como podemos observar con la utilización de esta figura los administradores se blindarían contra la posible comisión de la falta disciplinaria analizada.

5. El Contrato de Prestación de Servicios es un contrato regulado por la legislación de derecho laboral, en tal sentido todo lo que se origine en el Contrato de Prestación de Servicios en el sector público debe ser regulado por la legislación del derecho privado. Esta es la propuesta que se hace en la reforma presentada al régimen de contratación estatal por la Agencia Colombia Compra Eficiente, para quien el contrato de prestación de servicios no es compra pública y por tal motivo elimina de los tipos de contratos al contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión para actividades administrativas o misionales de las Entidades Estatales.

Como afirma la Agencia Colombia Compra Eficiente: “Lo que busca el proyecto es que la relación entre estas personas que prestan servicios de carácter permanente sea tratada desde la perspectiva del talento humano y no de la venta de servicios”.

Otra de las consideraciones es que por motivos de manejo de información y de indicadores financieros en la contratación estatal el hecho de considerar el contrato de prestación como un contrato permanente de compra pública produce la distorsión de la información que debe cargar el Sistema de Compra Pública, y particularmente la que se procesa en la contratación directa.

En definitiva, se sugiere que la regulación del contrato de prestación de servicios en el sector público sea eliminada del ordenamiento que regule los principios y reglas aplicables a los procesos de abastecimiento de bienes, obras y servicios de las Entidades Estatales, y que en su lugar se acuda por remisión al ordenamiento laboral, el cual es el especializado para el contrato de prestación de servicios, situación que consideramos hará más compleja la aplicación del tipo disciplinario analizado en este trabajo, pues requiere adicionalmente que el operador disciplinario conozca a profundidad los elementos del contrato de trabajo y su configuración en el ordenamiento laboral.

Finalmente y como consecuencia de la dificultad para la aplicación de esta causal se destaca que hoy en día siguen proliferando las nóminas paralelas como una de las formas que utilizan las entidades para suplir el personal y que en algunos casos es aprovechada por los administradores como una vía para poder cumplir con las cuotas burocráticas de quienes los apoyaron en las campañas políticas. Adicionalmente, se observa que la causal disciplinaria analizada, en la actualidad no es efectiva para evitar la proliferación de las nóminas paralelas en el Estado, puesto que las tendencias dentro del mundo de la administración actual es sobrecargar a las entidades públicas de funciones con miras a dar vigencia al modelo de Estado adoptado en cada caso; para nuestra realidad la del Estado Social de Derecho; el cual debe responder por la procura existencial de sus asociados, continuando con los mismos recursos humanos y de infraestructura, no quedando otra vía, que la de buscar el apoyo para todas estas funciones a partir de los contratistas de prestación de servicios.

BIBLIOGRAFÍA.

NORMATIVA

Constitución Política

1. C.P. arts. 53, 122, 209.

Legales

1. CST Arts. 23, 158, 161 subrogado por la Ley 50 de 1990.
2. L 734/ 2002. Código Disciplinario Único
3. L 80/1993. Régimen de la contratación estatal en Colombia.
4. L 1150/2007.
5. L 489/1998 artículos 110 y 111.
6. L 1437/2011

Reglamentarias

1. D. 1510/2013 art. 83
2. D. 1082/2015 art. 2.2.1.2.1.4.9.
3. D. 1083/2015
4. D. 262/2000 art. 50.

Normativa Institucional

1. Procuraduría General de la Nación, Directiva No. 16 de 6 de septiembre de 2004.
2. Procuraduría General de la Nación, Resolución No. 108 de 2002. Por la cual se establecen las competencias al interior de la Procuraduría General

de la Nación para efectos de conocer de las faltas disciplinarias de los particulares.

3. Procuraduría General de la Nación, Circular 11 de 8 de marzo de 2007, acciones encaminadas al ejercicio eficiente y eficaz de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición, como instrumentos de protección del patrimonio público.

4. Procuraduría General de la Nación, Circular 08 de 17 de marzo de 2013, Deslaboralización y tercerización laboral.

5. Vice procuraduría General de la Nación, fallo de 1ª instancia del 1º de diciembre de 2004 Rad. 154-93631-03.

6. Congreso de la República, Gaceta del Congreso de 8 de agosto del 2000.

7. Congreso de la República, Gaceta del Congreso de 10 de agosto del 2000.

8. Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 426 de 17 de junio de 2015.

9. Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 876 y 950 de junio de 2016.

10. Congreso de la República, Gaceta número 665 de 2016 en el que se plasman en los antecedentes las cuatro (4) objeciones por

inconstitucionalidad y cuatro (4) objeciones por inconveniencia presentadas por el gobierno al texto de la ley.

11. Congreso de la República Gaceta número 998 del 20 de octubre de 2016 por medio de la cual se rehace el texto al proyecto de Ley 55 de 2014 Senado 195 del 2014 Cámara, se aclara que en el texto ajustado no están la totalidad de los artículos.

12. Congreso de la República Gaceta número 927 del 2 de noviembre de 2016 se incluyen los artículos anteriormente señalados dentro del texto definitivo del proyecto de Ley.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

1. Cconst, C-089ª/1994, V. Naranjo.
2. Cconst, C- 280/1996, J. Córdoba.
3. Cconst, C-286/1996, J. Hernández.
4. Cconst, C-154/1997, H. Herrera.
5. Cconst, C-866/1999, V. Naranjo.
6. Cconst, C-543/2001, A. Tafur.
7. Cconst, C-037/2003, A. Tafur.
8. Cconst, C-094/2003, J. Córdoba.
9. Cconst, C-030/2012, L. Vargas.
10. Cconst, C-284/2016, G. Mendoza.

Consejo de Estado

1. CE Sala Plena, 18 nov 2003, N. Pájaro. Rad. IJ-0039.
2. CE Sección Tercera, auto 13 oct. 2011, J. Santofimio. Rad. 41719
3. CE, Sección Tercera, sentencia de unificación de 2 de diciembre de 2013, J Santofimio. Radicación: 41719.
4. CE, Sección Segunda, sentencia de 13 de febrero de 2014, A. Vargas. Rad. 1807-13.
5. CE, Sección Segunda, sentencia de 2 de mayo de 2013, A. Vargas. Rad. 2027-12.
6. CE, Sección Tercera, sentencia de 12 de junio de 2014, J. Santofimio. Rad. 29203.
7. CE, Fallo 3 de junio 2010, Exp. 087-2008.

Corte Suprema de Justicia

1. CSJ. Casación del 17 de agosto de 1948. Gaceta del Trabajo, T. III nums 17 y 28 p. 603.

Procuraduría General de la Nación. Fallos disciplinarios.

1. Procuraduría General de la Nación, fallo de 8 de octubre de 2007, Rad 161-3575 (162-086327/03).
2. Procuraduría General de la Nación, fallo de segunda instancia, 31 de agosto de 2009, Rad. 046 2286 2006.

3. Procuraduría General de la Nación, fallo de segunda instancia, 29 de abril de 2011, Rad: IUS-2010-21307-
4. Procuraduría General de la Nación, fallo disciplinario segunda instancia Rad 085-10109-1999.
5. Procuraduría Auxiliar de la PGN, PAD-No. 7653 de 27 de noviembre de 2002.

DOCTRINA

Acevedo Gómez , L. (1982). *Derecho Individual del Trabajo*. (L. Acevedo Gómez , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Editorial Temis.

Colección Jurídica Disciplinaria . (2012). *Colección Jurídica Disciplinaria, obra colectiva* (Vol. I). (N. Jurídica, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Nueva Jurídica .

Chávez Marín , A. R. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. (A. R. Chávez Marín , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad del Rosario.

Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Concepto NO. PRAP-CP-20118010153521 de 10 marzo 2011*. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá: DNP .

Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. (2011). *Ensayos sobre Derecho Disciplinario* (Vol. II). (C. d. Disciplinario, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Nueva Jurídica .

Espinoza Bolaños , A. (2007). *La responsabilidad disciplinaria de los particulares que cumplen funciones públicas* (Vol. 5). (A. Espinoza Bolaños, Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Agencia Nacional para la Contratación Pública . (2016). *Exposición de motivos del proyecto de ley mediante el cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública que rige el sistema de compra pública*. . Agencia Nacional para la Contratación Pública , Cundinamarca . Bogotá : Agencia Nacional para la Contratación Pública .

Forero Salcedo , J. R. (2001). *Vicisitudes del proceso disciplinario* (2a edición ed.). (J. R. Forero Salcedo , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Personería de Bogotá.

Forero Salcedo , J. R. (2011). *Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. La influencia del derecho comparado*. (J. R. Forero Salcedo , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Libre.

Hernández , P. A. (2009). *Lecciones de Derecho Disciplinario, obra colectiva*. (Vol. 4). (P. A. Hernández , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Lecciones de derecho disciplinario obra colectiva . (2007). *Lecciones de Derecho Disciplinario obra colectiva* (1a ed., Vol. 2). (I. d. Público, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Instituto de Estudios del Ministerio Público .

Instituto de Estudios del Ministerio Público . (2007). *Lecciones de Derecho Disciplinario, obra colectiva* (Vol. 6). (I. d. Público, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Instituto de Estudios del Ministerio Público .

Instituto de Estudios del Ministerio Público . (2008). *Lecciones de Derecho Disciplinario, obra colectiva*. (Vol. 10). (I. d. Público, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Instituto de Estudios del Ministerio Público .

Instituto de Estudios del Ministerio Público . (2009). *Lecciones de derecho disciplinario, obra colectiva*. (Vol. 12). (I. d. Público, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Instituto de Estudios del Ministerio Público .

Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública reforma de la Ley 80 de 1993* (4a edición ed.). (E. Matallana Camacho , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Molano López , M. R. (2006). *Lecciones de derecho disciplinario, obra colectiva*. (Vol. I). (M. R. Molano López , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Novoa Buendía, J. C. (2015). Diferencias en el ejercicio de función pública y función administrativa. En J. C. Novoa Buendía (Ed.), *Reflexiones Académicas*. VII. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Ordóñez Maldonado , A. (2009). *Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. (A. Ordóñez Maldonado , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Agencia Nacional para la Contratación. (2016). *Proyecto de ley mediante el cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública*

que rige el sistema de compra pública. Agencia Nacional para la Cotratación , Cundinamarca . Bogotá: Agencia Nacional para la Contratación.

Ramírez Poveda , S. J. (2012). *La responsabilidad disciplinaria derivada de la responsabilidad contractual*. (S. J. Ramírez Poveda , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Nueva Jurídica.

Instituto de Estudios del Ministerio Público . (2011). *Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal (Vol. I)*. (I. d. Público, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Instituto de Estudios del Ministerio Público .

Instituto de Estudios del Ministerio Público . (2012). *Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal (Vol. II)*. (I. d. Público, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Instituto de Estudios del Ministerio Público .

Instituto de Estudios del Ministerio Público . (2013). *Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal (Vol. IV)*. (I. d. Público, Ed.) Bogotá , Cundinamarca , Colombia : Instituto de Estudios del Ministerio Público .

Roa Salguero , D. A. (2009). *La falta disciplinaria en la contratación estatal conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008*. (D. A. Roa Salguero , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Nueva Jurídica.

Riaño Mendoza , L. Y. (2014). *Los contratistas de prestación de servicios como sujetos de la acción disciplinaria en Colombia*. (L. Y. Riaño Mendoza , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Tapias Perdigón, C. (2014). *Aspectos prácticos de la contratación pública*. (C. Tapias Perdigón, Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Nueva Jurídica.

Torregrosa Jiménez , N. E. (2014). *ABC del artículo científico*. (N. E. Torregrosa Jiménez , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad libre.

Villegas Garzón , O. (2005). *El contrato de prestación de servicios. Estructura del tipo disciplinario*. (O. Villegas Garzón , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Grupo Ecomedios.

Yate Chinome , D. (2009). *El ilícito contractual. Faltas disciplinarias en materia de contratación estatal*. (Vol. 11). (D. Yate Chinome , Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

WEBGRAFÍA

- Benavides, J. L. (25 de 10 de 2010). *Universidad Externado de Colombia* . (U. E. Colombia, Productor) Recuperado el 23 de 9 de 2015, de Revista Derecho del Estado :
- www.refworks.com/refworks2/default.aspx?r=references%7CMainLayout::init#Benavides, José Luis, Revista Derecho del Estado, 2010,25,85-115
- Universidad Militar Nueva Granada . (1 de 11 de 2014). www.unimilitar.edu.co. (U. M. Granada, Productor) Recuperado el 12 de 6 de 2015, de www.unimilitar.edu.co: <http://hdl.handle.net/10654/1220>
- RAE . (2 de 04 de 2016). www.rae.org. Recuperado el 2 de 04 de 2016, de www.rae.org: [ww.rae.org](http://www.rae.org)
- Facultad de Derecho Especialización Derecho Sancionatorio duodécima cohorte 2014 Repositorio institucional Universidad Militar Nueva Granada. (3 de 11 de 2014). *Universidad Militar Nueva Granada* . Recuperado el 27 de 4 de 2016, de Universidad Militar Nueva Granada : <http://hdl.handle.net/10654/1220>
- Procuraduría General de la Nación . (15 de 02 de 2016). *Procuraduría General de la Nación* . Recuperado el 15 de 02 de 2016, de Procuraduría General de la Nación : www.procuraduria.gov.co
- Agencia Nacional para la Contratación Estatal . (15 de 02 de 2016). *Colombia compra* . (C. compra, Editor) Recuperado el 15 de 02 de 2016, de Colombia compra : www.colombiacompra.gov.co
- kienyke. (23 de 08 de 2015). *kienyke*. (kienyke, Editor) Recuperado el 23 de 08 de 2015, de kienyke: <http://www.kienyke.com/economia/prestacion-de-servicios/>
- UNAUULA. (7 de enero de 2014). *Revista Ratio Iuris*. (J. I. Viveros, Editor, J. I. Viveros, Productor, & Revista Ratio Iuris Vol. 9 No. 18) Recuperado el 26 de 08 de 2015, de Unaula: www.unaula.edu.co/sites/default/files/59-76.pdf
- Universidad Nacional de Colombia. (23 de 09 de 2012). *Universidad Nacional*. (M. A. Hernández, Editor, M. A. Hernández, Productor, & Universidad Nacional, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Bogotá D.D.) Recuperado el 23 de 08 de 2015 , de Universidad Nacional: http://bdigital.unal.edu.co/cgi/search/archive/simple?screen=Search&dataset=archive&order=&q=contratos+prestacion+de+servicios&_action_serarc

ANEXOS

Número 1 Guía de entrevista semiestructurada.

Número 2 Matriz tabulación entrevistas.

Número 3 Fichas análisis de fallos disciplinarios.

CHGO, 10/11/2016. H: 9:05

ANEXO NÚMERO 1

GUÍA DE ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA.

ANEXO NÚMERO 2

MATRIZ TABULACIÓN ENTREVISTAS.

ANEXO NÚMERO 3

FICHAS ANÁLISIS DE FALLOS DISCIPLINARIOS.